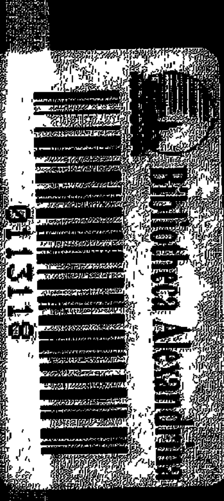
كتاب المنتقى

شرح موطأ الإمام مالك بن أنس

القاضي أبو الوليد الباجي الأندلسي

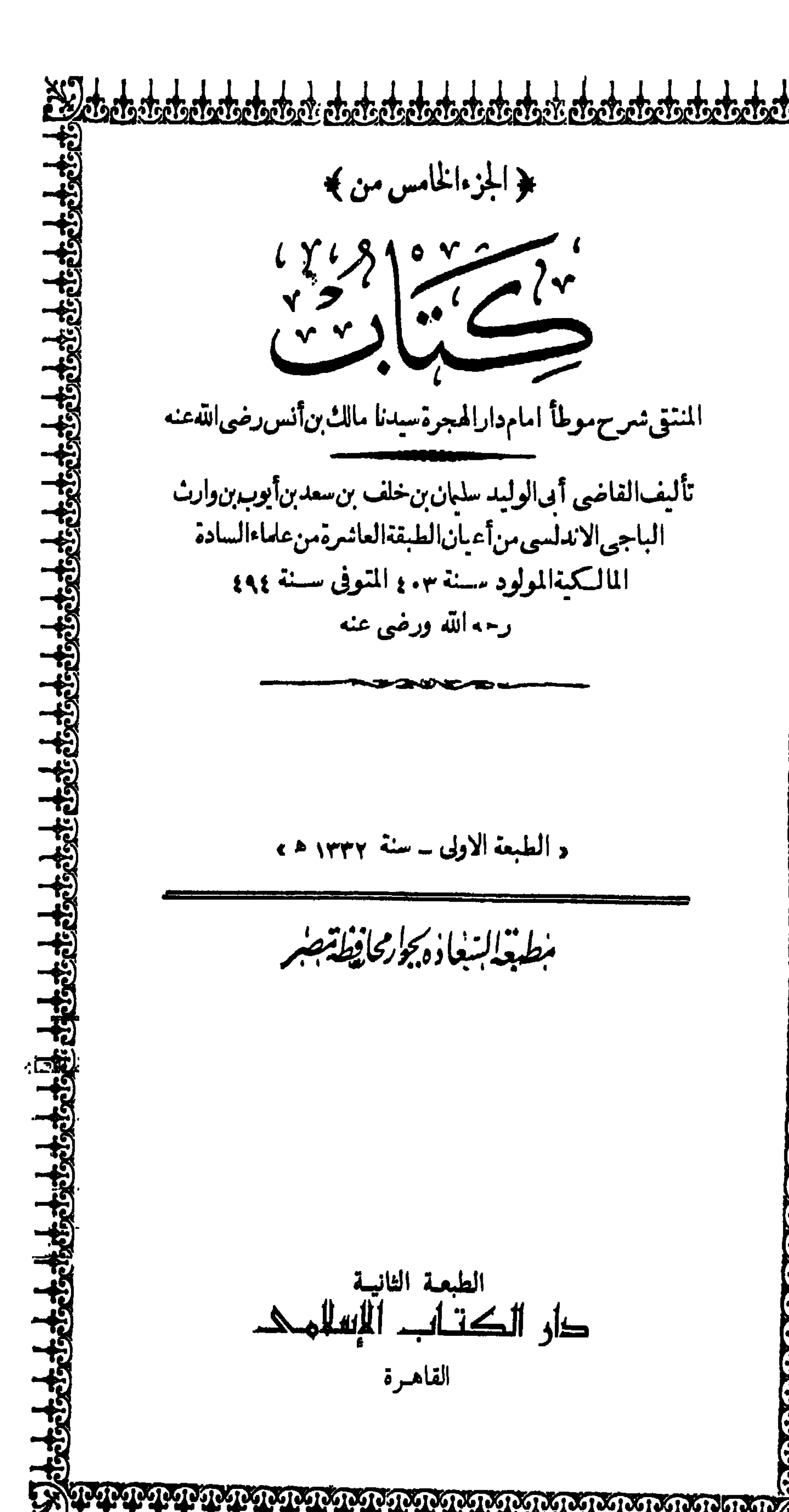
الجزآن الخامس والسادس











﴿ الجزء الخامس من ﴾

كتاب

المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضى الله عنه

تأليف القاضى أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث
الباجى الاندلسى من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة
المالكية المولود سنة ٤٠٣ المتوفى سنة ٤٩٤
رحمه الله ورضى عنه

« الطبعة الاولى ـ سنة ١٣٣٢ هـ »

مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر

الطبعة الثانية
دار الكتاب الإسلامى
القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن سليمان بن يسار قال فني علف حمار سعد بن أبي وقاص فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الامثله * مالك عن نافع عن سليمان بن يسار أنه أخبره أن عبد الرحمن بن الاسود بن عبد يغوث فني علف دابته فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك طعاما فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الامثله * مالك أنه بلغه عن القاسم بن محمد عن ابن معيقيب الدوسي مثل ذلك قال مالك وهو الامر عندنا ﴾ ش قوله رضي الله عنه خذ من حنطة أهلك يحتمل أن يريد به أهل الغلام اذا كان قوتهم من عند سعد بن أبي وقاص اما لأنهم رقيق له أو لأنهم ممن ينفق عليهم غلامه على ما يجب عليه أو على ما جرت به العادة فأمره أن يأخذ منها على وجه الاقتراض حتى يعيد عليه مثل ذلك ويحتمل أن يريد بأهله أهل سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه وهم موالي نفقته ووصفهم بانهم أهل للغلام بمعنى انهم ممن يسعى عليهم وينضوي اليهم

(فصل) وقوله فابتع به شعيرا يقتضي جواز بيع الحنطة بالشعير وانه ان كان حقيقة البدل وهو أخص به الا أن اسم البيع ينطلق عليه وقوله ولا تأخذ الامثله يريد المثل في المقدار لأن المماثلة في الصفات محال في القمح والشعير فلم يبق الا المماثلة في القدر ونهيه عن أن لا يأخذ الامثله دليل على تحريم التفاضل فيه عندهم لأنه لا خلاف أن الحنطة أفضل من الشعير وانه لو جاز ذلك لوجدوا بالحنطة من الشعير أفضل من مكيلتها فلم يذكر واذلك لأنه ممنوع عندهم وهذا يقتضي أن الحنطة

﴿ بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما ﴾

* حدثني يحيي عن مالك انه بلغه ان سليمان بن يسار قال فني علف حمار سعد ابن أبي وقاص فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الامثله * وحدثني عن مالك عن نافع عن سليمان ابن يسار أنه أخبره ان عبد الرحمن بن الاسود ابن عبد يغوث فني علف دابته فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك طعاما فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الامثله * وحدثني عن مالك انه بلغه عن القاسم ابن محمد عن ابن معيقيب الدوسي مثل ذلك * قال مالك وهو الأمر عندنا

والشعير جنس واحد لا يجوز التفاضل بينهما وكذلك السلت عند مالك هو من جنسهما وقال أبو حنيفة والشافعي هي أجناس يجوز التفاضل فيها والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما قدمناه في كتاب الزكاة من الدليل على أنها جنس واحد واذا ثبت انها جنس واحد حرم فيها التفاضل ودليلنا أيضا انه مقتات تساوت منفعته فوجب أن يحرم فيه التفاضل كما لو كان برا كله أو شعيرا كله وقد اختلف أصحابنا في العلس وقد تقدم ذكره في الزكاة (مسئلة) وأما الذرة والدخن والارز فالمشهور من المذهب أنها أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وروى زيد بن بشر عن عبد الله ابن وهب أنه قال الذرة والدخن والارز جنس واحد لا يجوز التفاضل في شئ من ذلك وبه قال الليث وجه القول الأول انفصال بعضها من بعض في المنبت والمحصد ووجه ثان وهو اختصاص بعض البلاد باتخاذ بعضها دون بعض وذلك يدل على اختلاف منافعها وأن بعضها لا يستحيل الى بعض وانما يستدل على ان العينين من جنس واحد بعموم الاتخاذ لهما كالشعير والحنطة واستحالة أحدهما الى الآخر كالحنطة والسلت وجه الرواية الثانية تقارب المنافع المقصودة منها (مسئلة) وأما القطنية فاختلف قول مالك فيها فمرة قال انها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيها ومرة قال هي أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وبه قال ابن القاسم وابن وهب والليث وهو الاظهر عندي لاختلافها في الصورة والمنافع وعدم استحالة بعضها الى بعض واختصاص بعض البلاد ببعضها دون بعض

(فصل) وقول عبد الرحمن بن الاسود بن عبد يغوث خذ من حنطة أهلك طعاما يقتضي أن مطلق اسم الطعام عندهم كان يقتضي الحنطة وأتى بذلك بعد ذكر الطعام لتغاير الاسماء وقوله وقول سعد وقول معيقيب رضي الله عنه ولا تأخذ الا مثله يقتضي النهي عن التفاضل بين الحنطة والشعير ولا يعلم لهما في ذلك مخالف من الصحابة الا ما روي عن عبادة بن الصامت حديثا مرفوعا وليس بالثابت مع ما يحتمل من التأويل والله أعلم وأحكم ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن لا تباع الحنطة بالحنطة ولا التمر بالتمر ولا الحنطة بالتمر ولا التمر بالزبيب ولا الحنطة بالزبيب ولا شئ من الطعام كله الا يدا بيد فان دخل شيئا من ذلك الاجل لم يصلح وكان حراما ولا شئ من الادم كلها الا يدا بيد * ش وهذا كما قال انه لا يباع مطعوم بمطعوم من جنسه أو غير جنسه الا يدا بيد والاصل في ذلك أن هذا مطعوم فلم يجز فيه التفرق قبل القبض أصل ذلك الجنس الواحد فان قيل لم اختص تحريم التفاضل بالمقتات وكان تحريم تأخير القبض في جميع المطعوم فالجواب أن تأخير القبض أوسع بابا في المنع من التفاضل لأن تحريم التفاضل يختص بالجنس الواحد وتأخير التقابض يتعلق بالجنسين ولذلك جاز التفاضل بين الذهب والفضة ولم يجز فيهما التفرق قبل القبض وكذلك المنع من البيع قبل الاستيفاء أعم من تحريم التفاضل وذلك لا يجوز عند الشافعي في مبيع جملة ولا يجوز عند أبي حنيفة فيما ينقل ويحول وان كان عندهما مما يجوز فيه التفاضل ص * قال مالك ولا يباع شئ من الطعام والادم اذا كان من صنف واحد اثنان بواحد فلا يباع مد حنطة بمدي حنطة ولا مد تمر بمدي تمر ولا مد زبيب بمدي زبيب ولا ما أشبه ذلك من الحبوب والادم كلها اذا كان من صنف واحد وان كان يدا بيد انما ذلك بمنزلة الورق بالورق والذهب بالذهب لا يحل في شئ من ذلك الفضل ولا يحل الا مثلا بمثل يدا بيد * ش وهذا كما قال ان ما كان شيأ واحدا من الطعام يريد به الجنس الواحد فانه لا يجوز التفاضل فيه وفي هذا بابان أحدهما في تبيين معنى الجنس والثاني في تبيين معنى المماثلة * فأما الاول فان الجنس تارة يكون جنسا منفردا من الاصل يفارق غيره من

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن لا تباع الحنطة بالحنطة ولا التمر بالتمر ولا الحنطة بالتمر ولا التمر بالزبيب ولا الحنطة بالزبيب ولا شئ من الطعام كله الا يدا بيد فان دخل شيأ من ذلك الأجل لم يصلح وكان حراما ولا شئ من الأدم كلها الا يدا بيد

* قال مالك ولا يباع شئ من الطعام والأدم اذا كان من صنف واحد اثنان بواحد فلا يباع مد حنطة بمدي حنطة ولا مد تمر بمدي تمر ولا مد زبيب بمدي زبيب ولا ما أشبه ذلك من الحبوب والأدم كلها اذا كان من صنف واحد وان كان يدا بيد انما ذلك بمنزلة الورق بالورق والذهب بالذهب لا يحل في شئ من ذلك الفضل ولا يحل الا مثلا بمثل يدا بيد

الاجناس بنفسه كالتمر والعنب وتارة يكون جنسا بالصناعة كالخبز والخل الذى لا يفارق أصله ويتغير عن جنسه بالصناعة والعمل فأما ما يكون جنسا بنفسه كالتمر على اختلاف أنواعه فانه جنس واحد والتين كله جنس واحد حكى ابن المواز أنه لا يجوز التفاضل فيه وان كان منه ما ييبس ومنه ما لا ييبس فان حكم جميعه حكم غالبه وهو انه ييبس فلا يجوز فيه التفاضل * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى أنه جنس واحد على اختلاف أنواعه أبيضه وأسوده والعنب كله نوع واحد وان كان منه ما يزبب وما لا يزبب فانه لا يجوز التفاضل بين هذين النوعين ولا بين سائر أنواعه وزيتون الشام وزيتون مصر نوع واحد لا يجوز فيه التفاضل وان كان زيتون مصر لا زيت فيه وزيتون الشأم فيه الزيت ولبن الضأن والماعز والبقر والابل جنس لا يجوز فيه التفاضل وان كان لبن الابل لا زبد فيه ولبن سائر الانعام فيه الزبد والانيسون والشمار جنس واحد وكذلك الكمونان جنس واحد حكى ذلك الشيخ أبو محمد عن ابن المواز عن ابن القاسم والأظهر عندى اذا قلنا انها من الطعام أن تكون أجناسا مختلفة لاختلاف منافعها وتباين الاغراض فيها وانها لا تتمازج فى منبت ولا محصد ولا يجزئ بعضها عن بعض فى شئ ولا تتقارب فى صورة وانما يجمعها اسم الكمون وليس بظاهر فى الكمون الاسود لأن اسم الشونيز أظهر وأكثر استعمالا (مسئلة) فأما الفلفل والكراويا وحب الكزبرة والقرفة والسنبل والقرطم والخردل فأجناس مختلفة حكاه ابن المواز عن أصبغ وحكاه فى التوابل عن مالك والثوم والبصل جنسان مختلفان قاله ابن حبيب ووجه ذلك ما قدمناه

(فصل) وأما تغير الجنس بالصناعة فعلى ضربين أحدهما صناعة تخرج المصنوع عن جنس أصله والثانى صناعة تجمع بينه وبين ما ليس من أصله فأما الاول فانه على قسمين قسم يكون بالنار وقسم بغير نار فأما ما يكون بالنار فانه على وجهين أحدهما أن تنفرد الصناعة بتأثير النار دون اضافة شئ اليه فما كان منه لا ينقص عبرة المصنوع فيما جرت عادته أن يعتبر به من كيل أو وزن كقلى الحنطة والحمص والفول وسائر ما يقلى من الحبوب فانها لا ينقص كيل المقلى وهو مما يعتبر به فهذا يغير الجنس لأن عمل النار كالامر الثابت فيه والمعنى المضاف اليه بخلاف شى اللحم اللحم وطبخه فانه ينقص من عين المشوى على وجه التخفيف واذهاب اجزاء رطوبته كتزبيب العنب وتيبيس التمر والتين فلا تغير الجنس (مسئلة) والوجه الثانى أن تكون الصناعة بالنار يقترن بها ما تتم الصناعة به من ملح وابزار وزيت وخل ومرق وغير ذلك مما انضاف اليه منه ما تكون النهاية المعتادة من عمله وسمى صناعة كالابزار والمرقة فى طبخ اللحم والماء والملح فى الخبز فهذا يغير الجنس لمعنى واحد وهو تغييره بالنار وبما يضاف اليه فى الأغلب من نهاية عمله فأما الخبز فلوجهين أحدهما أن الماء والملح هو النهاية من عمله فى الأغلب والوجه الثانى ان النار لا تؤثر فيه نقصا من وزنه دقيقا وأما طبخ اللحم بالماء والملح خاصة فانه لا يغير الجنس لانه يؤثر فيه نقصا وليس بالغاية المعتادة من صناعة فلم تكن صناعة فيه ولا جنسا مخصوصا منه (فرع) واختلاف ما يطبخ به ليس باختلاف جنس فيه كالقلية بالخل والقلية بالمرق والقلية بالعسل والقلية باللبن كل ذلك جنس واحد لا يختلف جنسه لاختلاف ما قلى به لان المعتبر هو اللحم (مسئلة) وأما القسم الذى يكون تغيره بغير نار مما يتغير بطول المدة وينتقل الى قلى الطعام الثابت له بنهاية النضج كتخلل العصير وأما اعتبار طول المدة فلانا انما نراعى فى الجنس المنافع والمقاصد فاذا بيع العصير بالعنب وهو مما يمكن أن يصير

عصيرا من وقته أو في مدة يسيرة فالمقصود من العنب العصير فيدخله المزابنة والتفاضل فيما لا يحل التفاضل فيه واذا بيع العنب بالخل والخل لا يتأتى من العنب الا بعد مدة طويلة فليس بمقصود من العنب كما لا يقصد الخل بشراء التمر ولا يقصد التمر بشراء الخل ويجوز التفاضل فيهما لبعد تغير أحدهما الى الآخر وأما اعتبار الطعام الثابت بنهاية النضج فلانه غاية الثمرة والمطلوب منها فلا يخرجها وجوده عن جنسها لانه من تمام جنسها والمحقق لها فيه وأما ما ينتقل اليه بعد ذلك مما هو ضد له كالحوضة والتخلل في العصير فانه مغير للجنس لانه ليس من جنس العنب والتمر بسبيل بل يمنعه أن يستعمل على الوجه الذي يستعمل عليه مع وجود طعم للاصل ويحدث فيه منفعة غيرها وانما نص مالك على خل التمر ثم قاس ابن القاسم عليه خل العنب بالعنب فجوزه روى محمد عنه أنه قال لا أدري ان كان يطول كالتمر فلا بأس به فهذا يدل على تعلقه في هذا الوجه بالطول دون الطعم وقال المغيرة في المدنية لا يحل خل التمر بالتمر ولا خل العنب بالعنب ولا بأس بخل التمر بالعنب وخل العنب بالتمر فلم يجعل لغير الطعم صناعة تغير الجنس وروى أبو زيد بن ابراهيم عن ابن الماجشون انما يجوز ذلك في اليسير ولا يجوز في الكثير للمزابنة وكذلك الدقيق بالقمح (فرع) فاذا عللنا بالطول فلا يصح خل التمر بنبيذه متفاضلا رواه في العتبية يحيى عن ابن القاسم وعلل بتقارب المنافع ولعله أراد بتقارب انتقالها والا فنافعها وأغراضها متباينة وكذلك لا يجوز خل التمر بنبيذ الزبيب وأما اذا عللنا بما تقدم من الطعم واختلاف الأغراض فانه يجوز بيع الخل بالنبيذ متفاضلا لما قدمناه وقد روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية لا بأس بالفقاع بالقمح وهذا لا يعلم فيه التساوي وانما يخرج عن طعم الأصل على هذا الوجه بتغير الجنس وليس فيه غير تغير الطعم (مسئلة) وأما الضرب الثاني في الصناعة التي تجمع بين الشئ وبين ما ليس من أجناسه في الأصل فهو أن تكون الصناعة تغير الأجناس وتصيرها جنسا واحدا الاختلاف منافع أصولها واتفاق الأغراض فيما تخرجه اليه الصناعة منها كخل التمر وخل العنب وخل العسل فهذه أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وخلها كلها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيه زاد ابن القاسم في المدنية وكذلك كل خل اختلفت أصنافه أو لم تختلف وقاله ابن نافع قال عيسى بن دينار هذه الآخرة خطأ ولذلك قلنا في الابل والبقر والغنم انها أجناس مختلفة لاختلاف الأغراض فيها وان لحومها وألبانها جنس واحد لاتفاق الأغراض فيها (مسئلة) وأما نبيذ التمر ونبيذ العنب ففي كتاب أبي الفرج منها صنفان وفي المدونة عن مالك انها جنس واحد ووجه الرواية الأولى انه لما كان التمر والعنب صنفين مختلفين والانتباذ ليس بصناعة تغير الجنس وجب أن يكون نبيذ أحدهما من غير جنس نبيذ الآخر لانه يستحيل أن يكون نبيذ العنب من جنس نبيذ التمر ونبيذ التمر من جنس نبيذ العنب ومع ذلك فيكون العنب من غير جنس التمر ووجه الرواية الثانية تساوي النبيذين في الاسم والصورة والمنفعة الا أنه كان يجب على هذا أن يكون الانتباذ صنعة وقد تقدم رواية أبي زيد عن ابن القاسم بتجويز الفقاع بالقمح وهذا يقتضي كون الانتباذ صنعة والله أعلم (مسئلة) وأما الخبز فانه من القمح والشعير والسلت جنس واحد وقال أشهب في كتاب محمد في خبز القمح والشعير والسلت والأرز والذرة والدخن انه صنف واحد لا يجوز فيه التفاضل وأما خبز القطنية ففي كتاب محمد عن ابن القاسم أن ذلك أصناف مختلفة وحكى عن أشهب أنه صنف واحد وجه قول ابن القاسم ان الخبز ليس بمعتاد فيها وانما المعتاد فيها التأدم بها ولذلك قاربت ما يختبز غالبا من الذرة والدخن والأرز ووجه قول أشهب ان هذه حبوب تتخذ خبزا فاذا

تقاربت منافع خبزها وجب أن تكون جنسا واحدا كالدخن والذرة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويصح عندي أن نبني القولين على اختلاف قول مالك في أصولهما من القطاني هل هو جنس واحد أو أجناس مختلفة وقد قال ابن القاسم ان سويقها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيه فالفرق بينه وبين خبزها انها لا تتخذ خبزا غالبا وتتخذ سويقا غالبا وقال أشهب ان خبز القطنية جنس مخالف لخبز القمح والشعير والسلت والذرة والدخن والأرز والفرق بينهما أن هذه تتخذ خبزا غالبا وهذه لا تتخذ في الغالب خبزا (فرع) فاذا قلنا ان الخبز صنف يجوز التماثل فيه فكيف يكون التماثل فيه ذهب الجمهور من أصحابنا ان المراعى فيه تماثل الدقيق في الخبزين من أصل واحد وقاله أصبغ في هريسة القمح بالارز المطبوخ وهذا عندي على الاطلاق غير ظاهر بل يجب أن يكون التماثل فيه بالوزن ويعتبر بنفسه دون أصله لان الصنعة قد غيرته عن جنس أصله فكيف يعتبر أصله وهو يجوز التفاضل بينه وبين أصله ولو جاز هذا ما جاز بيع الرطب بالرطب لاختلافهما حال الادخار ولما جاز التمر بالتمر لاختلافهما حال الارطاب أو لاختلافهما في الجفوف ولوجب أن لا يجوز بيع النبيذ بالنبيذ متساويا على قولنا بوجوب التساوي فيه لانه لا يستطاع تحري تمر كل واحد منهما ولوجب مثل هذا في الخل بالخل واللحم المطبوخ باللحم المطبوخ (مسئلة) وأما الطحن فليس بمغير للجنس خلافا لعبد العزيز بن أبي سلمة في قوله انه يعتبر الجنس والدليل على صحة ما نقوله ان الطحن ليس فيه أكثر من تفريق الأجزاء وذلك لا يغير الجنس كفت الخبز (فرع) فاذا قلنا انه ليس بغير الجنس فهل يجوز بيع الدقيق بالحنطة متساويا عن مالك في ذلك روايتان احداهما المنع والاخرى الاباحة اختلف أصحابنا في توجيه الروايتين فنهم من قال انهما قولان على الاطلاق ووجه المنع ان الطحن ليس بجنس فوجب التماثل فيه بالكيل الذي يعتبر به وعلى تساويهما في الصفة ومن كونهما قمحا أو دقيقا وأما اذا اختلفا اختلافا يوجب عدم العلم بتساويهما حال تساويهما في الصفة ومن كونهما قمحا أو دقيقا فانه لا يجوز ذلك فيهما كالزيت بالزيتون والسمسم بالشيرج ووجه رواية الاباحة أن الكيل معنى يعتبر به التماثل فوجب أن لا يراعى فيه كثرة اجزاء المكيل وقلتها كالتمر الصغير بالتمر الكبير كيلا ومن أصحابنا من قال ان الروايتين انما هما لاختلاف الحالتين فيجوز على وجه ويمنع على وجه واختلف القائلون بذلك في وجه الاباحة فقال بعضهم يجوز كيلا لا وزنا ولا تحريا ومنهم من قال يجوز وزنا ولا يجوز كيلا ووجه اعتبار وزن المكيل ان التماثل في الكيل لا يصح الا بذلك فاذا وصل الى التماثل وجب أن يراعى والله أعلم وأحكم ووجه اعتبار الوزن ان المعنى المبيح لبيع المقتات بجنسه التماثل فاذا تعذر مقداره انتقل الى غيره كالتمر بالتمر المكيل

(الباب الثاني في ما يقع التماثل به في المقادير)

أما ما يقع التماثل به في المقادير فانه على ضربين أحدهما أن يكون له مقدار في الشرع والثاني أن لا يكون له مقدار في الشرع فأما ما كان له مقدار مشروع فكالكيل في الحبوب لان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الاوسق في زكاة التمر وحكم الحبوب حكمها في اعتبار نصب الزكاة وكان الكيل مشروعا فيها وكذلك شرع في اخراج زكاة الفطر وشرع في اخراج فدية الأذى فلا يجوز على هذا شيء من الحبوب بجنسه بغير الكيل لان التماثل يعدم (مسئلة) وأما ما ليس له مقدار في الشرع فانه على ضربين أحدهما أن يكون له مقدار معتاد من الكيل أو الوزن والثاني أن لا يكون له مقدار من أحدهما فأما ما له مقدار معتاد منهما فهو ينقسم قسمين أحدهما أن لا يختلف مقداره باختلاف البلاد والثاني أن يختلف باختلافها فأما ما لا يختلف فمثل اللحم الذي يعتبر بالوزن في كل

بلد وكذلك الخبز عبرته الوزن على كل حال فهذا أيضا لا يجوز التساوي فيه بمقدار غيره فكذلك مايعتبر بالكيل في كل بلد من الحبوب المقتاتة (مسئلة) فاما ما يختلف حكمه وتقديره باختلاف عادات البلاد فكالسمن واللبن والزيت والعسل الذي عادات بعض البلاد فيه الوزن وبعضها الكيل (مسئلة) وأما الضرب الثاني وهو ما لا يتقدر بكيل ولا وزن فكالبيض والجوز عند من يجري فيها الربا ص * قال مالك واذا اختلف ما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب فبان اختلافه فلا بأس أن يؤخذ منه اثنان بواحد يدا بيد ولا بأس أن يؤخذ صاع من تمر بصاعين من حنطة وصاع من تمر بصاعين من زبيب وصاع من حنطة بصاعين من سمسم فاذا كان الصنفان من هذا مختلفين فلا بأس باثنين منه بواحد أو أكثر من ذلك يدا بيد فان دخل في ذلك الاجل فلا يحل قال مالك ولا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدا بيد وذلك انه لا بأس أن يشترى الحنطة بالتمر جزافا * قال مالك وكل ما اختلف من الطعام والادم فبان اختلافه فلا بأس أن يشترى بعضه ببعض جزافا يدا بيد فان دخله الاجل فلا خير فيه وانما اشتراء ذلك جزافا كاشتراء بعض ذلك بالذهب والورق جزافا وقال مالك وذلك انك تشترى الحنطة بالورق جزافا والتمر بالذهب جزافا فهذا حلال لا بأس به * ش وهذا كما قال ان ما اختلفت منافعه والمقاصد منه فتبين ذلك فيه فهذا الذي يعبر عنه بانهما جنسان مختلفان فلا بأس أن يؤخذ من أحدهما اثنان بواحد من الآخر وذلك كالحنطة والتمر لا بأس بصاعين من أحدهما بصاع من الآخر وكذلك سائر الأجناس المختلفة وقوله فان دخل ذلك الأجل فلا يحل يريد أنه وان جاز فيه التفاضل بين الجنس من المطعوم فلا يجوز الأجل بينهما متساويين ولا متفاضلين لان العلة في منع ذلك التفرق قبل القبض في المطعومين من دون مراعاة جنس ولا مساواة (مسئلة) ومن اشترى من رجل ثوبا بقفيز حنطة فدفع اليه الحنطة فأتلفها ثم أقاله قبل قبض الثوب على أن يرد اليه مثلها جاز وانما راعى في ذلك المال انه حنطة بحنطة الى أجل لان الغرض في مثل هذا يضعف والتهمة تبعد ومثل هذا يجوز في القراض وانما بلغه حكم الذرائع حيث تتيقن التهمة أو تقوى وكذلك لو باع منه قفيز حنطة بدراهم الى أجل فأقاله منه قبل الأجل أو بعده فرد اليه مثله جاز ولا يجوز أن يرد اليه من غير نوعه لان ذلك طعام بطعام الى أجل

(فصل) وقوله لا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة وذلك قد يريد ان الصبرة مجهولة القدر فاذا كان العوضان مجهولي القدر لم يصح فيما يحرم فيه التفاضل لان الجهل بالتساوي فيه كالعلم بالتفاضل لانه عقد البيع على وجه لا يأمن التحريم فيه ومن شرط صحة العقد أن يعلم اباحته فلا يجوز الجزاف في يسيره ولا كثيره فتى عجز عن كيله بطلت المبادلة بخلاف الذهب في الدنانير القائمة التي يجوز بدل الدينار والدينارين اذا كانا ناقصين بدينار أو دينارين وازنين لان للدنانير عبرة غير الوزن وهو العدد فصح الرجوع اليه على وجه ما وأما الحنطة فلا عبرة لها غير الكيل فلا يجوز المبادلة فيها الا به ولا يلزم على هذا التحرى فانه لا يصح الا فيما يصح فيه الوزن ومن جوزه في المكيل ففي قدر له كيل

(فصل) وقوله ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدا بيد ووجه ذلك أن التفاضل جائز بينهما وليس واحد منهما من جنس الآخر فالجهل بالتساوي فيهما لا يمنع صحة البيع كما لا يمنعه العلم بالتفاضل وليس هذا بمنزلة الجنس الواحد مما لا يجوز فيه التفاضل فلا يجوز بعضه ببعض جزافا مع تجويز التساوي والتفاضل لان الجنسين لما اختلفت الأغراض فيهما وتباين أمرهما لم تقصد المغابنة

* قال مالك واذا اختلف ما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب فبان اختلافه فلا بأس أن يؤخذ منه اثنان بواحد يدا بيد ولا بأس أن يؤخذ صاع من تمر بصاعين من حنطة وصاع من تمر بصاعين من زبيب وصاع من حنطة بصاعين من سمن فاذا كان الصنفان من هذا مختلفين فلا بأس باثنين منه بواحد أو أكثر من ذلك يدا بيد فان دخل في ذلك الأجل فلا يحل * قال مالك ولا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدا بيد وذلك انه لا بأس أن يشترى الحنطة بالتمر جزافا * قال مالك وكل ما اختلف من الطعام والأدم فبان اختلافه فلا بأس أن يشترى بعضه ببعض جزافا يدا بيد فان دخله الأجل فلا خير فيه وانما اشتراء ذلك جزافا كاشتراء بعض ذلك بالذهب والورق جزافا * قال مالك وذلك انك تشترى الحنطة بالورق جزافا والتمر بالذهب جزافا فهذا حلال لا بأس به

في الكيل بينهما ولا قصد كل واحد منهما أن يكون ما أخذ من الكيل أكثر مما أعطى لان له في ذلك غرضا غير الغبن في القدر هو أبين منه وأظهر وهو مخالفة منفعة ما أعطى لمنفعة ما أخذ واذا كانا من جنس واحد وتقاربا كان الأظهر انه انما قصد كل واحد منهما غبن صاحبه في القدر وذلك من باب المخاطرة التي تمنع صحة البيع والمبادلة فاذا تفاوتت المقادير حتى تبين ان أحدهما أكثر من الآخر جاز ذلك بينهما لعدم معنى الغرر والمخاطرة بزيادة الكيل ونقصه

(فصل) وقوله وانما ذلك لاشترائه بالذهب أو الورق جزافا يعني ان اشتراء الحنطة بالتمر جزافا لما كان من جنسين مختلفين جائز كاشتراء الحنطة جزافا بالذهب كان هذا لا خلاف فيه فكذلك ما قسناعليه ص ﴿ قال مالك ومن صبر صبرة طعام وقد علم كيلها ثم باعها جزافا وكتم على المشترى كيلها فان ذلك لا يصلح فان أحب المشترى أن يرد ذلك الطعام على البائع رده بما كتمه كيله وغره وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافا ولم يعلم المشترى ذلك فان المشترى ان أحب أن يرد ذلك على البائع رده ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك ﴾ ش قوله من صبر صبرة طعام فباعها جزافا الصبرة من الطعام وغيره تباع على ضربين أحدهما أن تباع على الكيل مثل أن يقول بعتك هذه الصبرة على أن فيها عشرة أرادب بعشرة دنانير فهذا لا خلاف في جوازه لانه انما باعه منها هذا المقدار كل اردب بدينار فان وجد فيها أكثر من عشرة أرادب فالبيع لم يتناول منها الا عشرة أرادب وان وجد فيها تسعة أرادب كان له من الثمن بقدر ذلك والثاني أن يبيعها جزافا على ما قال وهو أن يقول ابتعتك هذه الصبرة بعشرة دنانير ومعنى ذلك أن العشرة دنانير ثمن لجميعها وان البيع قد تناول جميعها ولم يبع على قدر ما يعتبر به زيادتها عليه أو نقصها عنه وهذا جائز عند مالك ووجه ذلك أن هذا مما يتأتى فيه الحزر ويقل فيه الغرر ولا يظهر فيه القصد الى المخاطرة والمغابنة فجاز بيعه جزافا ✱ وقال القاضي أبو محمد يجوز الجزاف في كل مكيل كالحنطة أو موزون كاللحم أو معدود كالجوز والبيض مما الغرض في مبلغه دون أعيانه ولا آحاده وأما ما ليس بمكيل ولا موزون ولا معدود مما الغرض في أعيانه كالخيل والرقيق والثياب فلا يجوز فيه الجزاف لان آحاده تحتاج الى أن تفرد بالنظر والمعرفة بحاله وسلامته من العيوب وقيمته في نفسه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب ان الأترج والبطيخ المختلف المقادير يجوز بيعه جزافا ووجه ذلك عندي أن يكون الغرض منه المبلغ خاصة ولذلك يتأتى حزره وأما لو ختلف ثمن صغيره وكبيره لوجب على طريقهم أن لا يجوز ذلك فيه وأما ان علانا الجواز برؤية جميعه فهو جائز

(فصل) اذا ثبت ذلك فان لبيع الجزاف ثلاثة شروط وقد ذكرنا واحدا منها وهو أن يكون المبيع يتأتى فيه الحزر والثاني أن لا يعلم المتبايعان أن أحدهما ينفرد بمعرفة مقداره والثالث أن يكون من الكثرة بحيث يخفى أمره ومبلغه على التحقيق فأما الشرط الأول فقد تقدم ذكره ويجب أن يكون ذلك مرئيا وأما الغائب الذي لم تتقدم رؤيته أو الثابت في الذمة فلا يتأتى حزره وقد فسره سحنون من قول ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك أن الحزر لا يمكن الا بالنظر الى ما يجوز فلا يصلح الجزاف فيه ولذلك لا نصح من الأعمى شهادة فيه وقد روى أشهب وابن نافع عن مالك لا يجوز أن تباع الدار الغائبة على الصفة الا مذارعة وقال سحنون مثله (مسئلة) وأما الشرط الثالث فان معنى الجزاف أن لا يعلم مقداره على التحقيق فان علم ذلك منه خرج عن الجزاف وصار معلوما فيجب أن يكال أو يعرف والمبتاع فيه البائع فان انفرد أحدهما بمعرفته دون الآخر

✱ قال مالك ومن صبر صبرة طعام وقد علم كيلها ثم باعها جزافا وكتم على المشترى كيلها فان ذلك لا يصلح فان أحب المشترى أن يرد ذلك الطعام على البائع رده بما كتمه كيله وغره وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافا ولم يعلم المشترى بذلك فان المشترى ان أحب أن يرد ذلك على البائع رده ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك

وعقد البيع على ذلك فقد دخل الغرر فلا يجوز هذا العقد رواه القعنبي عن مالك خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله ما روى عبيد الله بن عمر عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وبيع الغرر ودليلنا من جهة المعنى انه باع جزافا ما يعلم قدر كيله على الانفراد بعلمه فلم يجز كما لو قال له أبيعك ملء هذه الغرارة وهو يعلم كيلها (فرع) اذا ثبت ذلك فان انعقد البيع على هذا فان ابن حبيب روى عن مالك انه قال يفسخ ولا يلزم على هذا قول ابن القاسم فيمن باع عبدا على الاباق ولم يبين مقداره ان البيع صحيح وله الرد بالعيب اذا تبين له منه التفاوت والفرق بينهما ان ذلك له مقدار يرجع اليه ويطالب به وليس له في مسئلتنا مقدار يرجع اليه ويعول المبتاع عليه ووجه آخر ان البيع في الجزاف على اللزوم والرضا بالخطر وكتمان ما علم منه وليس كذلك في مسئلة الاباق فانه لم يبن عليه بل المبتاع لم يسئل البائع عن قدر اباقه ولو بنى معه على مثل ذلك في اللزوم في جميع أنواع الاباق وكتمان ما قد علم منه لكان بمنزلة الجزاف في فساد البيع (فرع) فان علم ذلك البيع وكتم صاحبه فهو عيب يرد به المبتاع على البائع ان شاء والدليل على ذلك ان المشتري في حوزه عشرة أقفزة ولو علم بأنها ثمانية لما ابتاعه بذلك الثمن فاذا علم البائع بذلك فقد علم من عيب النقص ما لم يطلع عليه المشتري فكان له رده عليه بذلك العيب فاذا استوى علمهما في ذلك كان بمنزلة أن يبيعه على البراءة فلا يكون له الرد بعيب لانه قد ائتمنه على ذلك ولا يمين عليه لانه ليس له مقدار ظاهر عول عليه وانما عول في بيع البراءة على الصحة فكانت له اليمين عليه لانه قد تساوى علمهما في عدم العيب (مسئلة) وهذا حكم ما جوزف بمقداره الذي هو أصل في اعتباره كالكيل في المكيل والوزن في الموزون اذا لم يكن له معنى يعتبر به غير ذلك فأما ما كان له معنيان يعتبر بهما فبيع على أحدهما وجوزف في الآخر مع علم أحد المتبايعين بمقداره فيه فان ذلك لا يرد به ولا يفسد به بيع كالدراهم التي تعتبر بالوزن والعدد فبيعت في بلد تجزى به على الوجهين بأحدهما (مسئلة) وأما المعدود فان كانت مقاديره لا تتفاوت بالصغر والكبر فحكمه حكم المكيل والموزون وأما ما تختلف مقاديره وتتفاوت كالقثاء والبطيخ والأترج فقد روى ابن وهب عن مالك في المبسوط بيعه ممن يعرف عدده جزافا وقال ابن المواز اذا عرف أحد المتبايعين عددهما أو غيره لم يجز بيعه جزافا ووجه الرواية الأولى ان الغرض في مبلغه دون عدده فاذا انفرد بمعرفة عدده فلم ينفرد بمعرفة المقدار المقصود منه كما لو انفرد بمعرفة عدد القمح أو معرفة وزنه ووجه قول ابن المواز ان هذا انفرد بمعرفة ما يتقدر به المبيع في البيع فوجب أن لا يجوز كما لو انفرد بمعرفة كيل القمح (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد يكون الجزاف صبرة في الارض ويكون اناء مملوأ كالعدل المملوء قمحا والبيت المملوء تمرا فأما القسم الاول فلا خلاف في ثبوت حكم الجزاف له وأما القسم الثاني فهل يكون جزافا أو كيلا مجهولا اختلف أصحابنا في مسائل على ذلك فاذا قلنا انه من باب الجزاف فيجوز بيع العدل المملوء قمحا والبيت المملوء تمرا اذا أمكن حزر المبيع وتقديره بمعرفة طول البيت وعرضه وارتفاعه وغلظ جدره وكذلك لو ابتاع منه سلة مملوءة عنبا أو تينا وأما ان ابتاع منه ملء هذا العدل من القمح والعدل لا قمح فيه أو يملأ له هذا البيت تمرا أو هذه القارورة ذهبا أو هذه السلة عنبا فان ذلك غير جائز على هذا القول لان هذا جزاف غير مرئي والجزاف يجب أن يكون مرئيا وقد قال ابن القاسم فيمن اشترى من رجل قدر كيل هذه الصبرة من طعام لا يجوز وروى أبو زيد عنه جوازه في سلة التين والعنب أن يشتري منه مثلها وفرق بينهما

وبين اعدال القمح بأن قال كما يجوز السلم فى سلل التين ولا يجوز فى سلل القمح فالرواية الأولى مبنية على أن هذا من باب الجزاف فلذلك لم يجز الا مرئيا والرواية الثانية مبنية على أنه من باب الكيل المجهول فلذلك جاز فى العنب لانه ليس له فى الكيل قدر معروف ولا يجوز فى القمح لان له فى الكيل قدرا معروفا فالعدول عنه الى غيره من الكيل المجهول من باب الغرر الذى يمنع صحة البيع وقد جوز ذلك فى العدل المملوء من القمح وذلك على أحد وجهين إما على قولنا انه صبرة فلا يجوز أن يبيعه مل ء هذا العدل لانه من باب الكيل المجهول وفيه القولان لابن القاسم على ماتقدم ولا خلاف على مذهب ابن القاسم أن من ابتاع طعاما أو غيره مما له قدر بحيث للناس كيل معلوم بغير ذلك الكيل انه لا يجوز وانما يجوز ذلك عنده فى التبن والعلف بحيث لا كيل للناس ووجه منعه القصد الى الغرر للعدول عن المقادير المعروفة وابتياع صبرة غير مرئية (فرع) فان وقع فهل يفسخ أم لا قال أشهب لا يفسخ وقال غيره يفسخ وجه قول أشهب ان هذا غير مجهول القدر فلم يجز فسخه أصل ذلك الصبرة ووجه ايجاب الفسخ نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ومن جهة المعنى انه يتعذر فيه الحزر ويكثر فيه الغرر فمنع صحة البيع أصل ذلك الجزاف فى الثياب (مسئلة) وكل شئ له مقدار معروف فلا يجوز بيعه بغيره فلا يجوز بيع المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل لانه اذا لم يجز بغير الكيل المعروف فبأن لا يجوز بغير الكيل أولى فأما بيع المكيل عددا بما يمكن ذلك كالرطب فان مالكا يمنع منه ورواه أبو زيد عن ابن القاسم وقال ابن وهب لا بأس به اذا أجازه بصبرة بجميعه وقال ابن القاسم يجوز ذلك فى اليسير الذى لا يمكن فيه الكيل ووجه قول مالك انه اعتبر المبيع بما لا يتقدر به فوجب أن لا يصح كما لو بيع المكيل بالوزن ووجه ماقاله ابن القاسم انه لمالم يتأت فيه الكيل خرج عن أن يكون مكيلا

(فصل) وكذلك كل ماعلم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافا ولم يعلم المشترى ذلك يريد مما يجوز فيه الجزاف ليبين أن المعدود حكمه فى ذلك حكم المكيل فان علم عدده البائع فباعه جزافا ولا يعلم المشترى بعلمه لذلك فان ذلك كالعيب الذى للمبتاع الرد به أو الرضا به ولا يفسد بذلك البيع ووجهه ان الذى يفسد البيع انما هو معرفة المبتاع لعلم البائع بقدر الكيل فيقدم فى ابتياعه على هذا الغرر وهذا معلوم فى مسئلتنا

(فصل) وقوله ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك يريد عن كتمان علمه لما فيه من التدليس بما يوجب الخيار للبائع ولو أعلمه انه قد علم بذلك لما جاز له أن يبيعه منه جزافا وانما كان يجوز له بيعه منه ومن غيره بعد أن يعلمه بمقداره من الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون والعدد فى المعدود فيبيعه على ذلك ص ﴿قال مالك ولا خير فى الخبز قرص بقرصين ولا عظيم بصغير اذا كان بعض ذلك أكثر من بعض فاما اذا كان يتحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به وان لم يوزن﴾ ش وهذا كما قال انه لا خير فى قرص بقرصين عددا ولا عظيم بصغير على الجزاف لان التساوى معدوم فيهما وأما التحرى فيهما فيصح اذا تحرى تساويهما ووجه ذلك على الظاهر من المذهب أن يتحرى مافى كل واحد منهما من الدقيق الا أن ظاهر هذا اللفظ يقتضى تحرى الخبز دون الدقيق لانه قال فلا بأس بذلك وان لم يوزنا وهذا انما يستعمل فيما يصح أن يوزن ويكون الموزون أبين فى صحة العقد عليهما واذا رأى غبنا فى تحرى الدقيق لم يصح وزن مافى القرصين من الدقيق بل ذلك أقعد فى صحة العقد لان تحرى مافيهما من الدقيق يشق ويكاد أن لا يصح ولو كثر القول بهذا فى المذهب لكان عندى أصح وبالله التوفيق

* قال مالك ولا خير فى الخبز قرص بقرصين ولا عظيم بصغير اذا كان بعض ذلك أكبر من بعض فأما اذا كان يتحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به وان لم يوزن

(مسئلة) وأما بيع الدقيق بالعجين تحريا فقد اختلف قول مالك في بيع اللحم الطرى بالقديد والمشوى فجوزه أولا على التحرى ثم منع منه بكل وجه فأما منع بيع أحدهما بالآخر على التساوى بالوزن فلا يجوز لان ما فى أحدهما من الرطوبة قد عدمت فى الآخر وذلك يمنع صحة التساوى فهما كالرطب بالتمر وأما بالتحرى فان التحرى يتعذر فى ذلك فى الأغلب ولا يكاد يوصل الى حقيقته كبيع الرطب بالتمر على التحرى ص ﴿ قال مالك لا يصلح مد زبد ومد لبن بمدى زبد وهو مثل الذى وصفنا من التمر الذى يباع صاعين من كبيس وصاعا من حشف بثلاثة أصوع من عجوة حين قال لصاحبه ان صاعين من كبيس بثلاثة أصوع من عجوة لا يصلح ففعل ذلك ليجيز بيعه وانما جعل صاحب اللبن اللبن مع زبده ليأخذ فضل زبده على زبد صاحبه حين أدخل معه اللبن * قال مالك والدقيق بالحنطة مثلا بمثل لا بأس به وذلك لأنه أخلص الدقيق فباعه بالحنطة مثلا بمثل ولو جعل نصف المد من دقيق ونصفه من حنطة فباع ذلك بمد حنطة كان ذلك مثل الذى وصفنا لا يصلح لانه انما أراد أن يأخذ فضل حنطته الجيدة حين جعل معها الدقيق فهذا لا يصلح ﴾ ش وهذا كما قال ان اللبن والزبد مما يحرم فيه التفاضل لان كل واحد منهما مقتات ولان السمن يدخر وهو منها فلا يجوز لذلك بيع مدى زبد بمد زبد ومد لبن لانه لا يعلم تساوى مدى الزبد مع ما فى اللبن من الزبد والزبد الذى معه والجهل بالتساوى فيما يجرى فيه الربا يمنع صحة العقد فكيف وقد تبين فضل مدى الزبد على ما فى اللبن من الزبد وما معه من الزبد ويحرم أيضا من وجه آخر وهو أن ما يجرى فيه الربا لا يجوز بيعه بأصله الذى فيه منه فلا يجوز بيع الزبد باللبن وهكذا كل ما يخرج من الحيوان مما يقتات ويدخر كالسمن والجبن والاقط أو يكون منه ما يدخر كاللبن والزبد فأما ما يقتات منه ولا يدخر منه كالبيض ففيه روايتان أشار اليهما فى المختصر احداهما انه يجرى فيها الربا والثانية لا يجرى فيها الربا والروايتان مبنيتان على جريان الربا فى المقتات المدخر فاذا قلنا ان الربا يجرى فيما يقتات ولا يدخر تعدى الى البيض واذا قلنا لا يجرى الربا فى المقتات الذى لا يدخر جاز فيها التفاضل والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما ثلاثة أصوع من عجوة بصاعين من كبيس وصاع حشف فلا يجوز لما ذكرناه من أن الآخذ للكبيس قصد أن يأخذ ثلاثة أصوع عجوة بصاعين من كبيس لفضل الكبيس فأعطى منها صاع حشف ليجيز البيع بذلك وأصل ذلك ان ما يجرى فيه الربا اذا بيع بعضه ببعض ولم تختلف صفاته فان المراعى فيه المساواة فى الكيل دون غيره لانه ليس فيه غرض آخر يختلف فان اختلفت صفاته كالتمر الصيحانى بالعجوة والجيد بالردىء وكان كل واحد من العوضين من جنس واحد وعلى صفة واحدة فان المساواة فيه بالكيل أيضا لانه لا غرض فى بعض أحد العوضين دون بعض فيتجوز فى بعضه لبعض فيقتضى ذلك الاختلاف تقسيط العوض الآخر على أجزائه وذلك علة الفساد فيه فأما اذا كان جميعه على صفة واحدة فقسطت عليه العوض الآخر لتساوت أجزاؤه فى التقسيط عليه (مسئلة) فان اختلفت صفة أحد العوضين فانه على ضربين أحدهما أن يكون بعضه أفضل من المنفرد وبعضه أدون منه والثانى أن يكون مع اختلاف جميع أجزائه أفضل من المنفرد أو أدون منه فأما الأول فلا خلاف على المذهب انه لا يجوز لان تقسيط أحد العوضين على الآخر يقتضى التفاضل فى أجزائه وذلك يمنع صحة البدل (مسئلة) وأما الضرب الثانى فالمشهور من مذهب مالك انه لا يجوز وذلك مثل مد حنطة ومد شعير بمدى حنطة يكون المد الذى مع الشعير أدون من كل واحد من المدين وقال ابن المواز ان ذلك جائز وجه ما قاله ابن المواز ان كون أحد

* قال مالك لا يصلح مد زبد ومد لبن بمدى زبد وهو مثل الذى وصفنا من التمر الذى يباع صاعين من كبيس وصاعا من حشف بثلاثة أصوع من عجوة حين قال لصاحبه ان صاعين من كبيس بثلاثة أصوع من العجوة لا يصلح وفعل ذلك ليجيز بيعه وانما جعل صاحب اللبن اللبن مع زبده ليأخذ فضل زبده على زبد صاحبه حين أدخل معه اللبن * قال مالك والدقيق بالحنطة مثلا بمثل لا بأس به وذلك لأنه أخلص الدقيق فباعه بالحنطة مثلا بمثل ولو جعل نصف المد من دقيق ونصفه من حنطة فباع ذلك بمد من حنطة كان ذلك مثل الذى وصفنا لا يصلح لأنه انما أراد أن يأخذ فضل حنطته الجيدة حين جعل معها الدقيق فهذا لا يصلح

العوضين أدون أجزاء من العوض الآخر تبيح فيهما المبادلة كالذهبين بالذهب يكون مع كل واحد من الذهبين أدون من الذهب المنفرد أو أجود فانه جائز ووجه ماقاله ابن القاسم ان التقسيط فيهما مع اختلافهما يقتضي التفاضل بين أبعاض أحد العوضين وأبعاض الآخر وذلك يمنع صحة البدل ويفارق مسئلة الذهب بالذهب (مسئلة) فان بادله مدحنطة ومددقيق بمد حنطة ومددقيق أو مدحنطة ومدشعير بمدحنطة ومدشعير فالمشهور من مذهب مالك المنع رواه عنه ابن القاسم وجوزه ابن المواز ووجه القولين ماتقدم (مسئلة) فاما ان كان مع أحد العوضين من غير جنسه مثل مدحنطة ومدتمر بمدى حنطة فلا خلاف على المذهب نعلمه انه لايجوز فاذا قلنا بقول ابن القاسم فلا خلاف بينه وبين ماتقدم واذا قلنا بقول ابن المواز فالفرق بينهما (١)

﴿ جامع بيع الطعام ﴾

﴿ جامع بيع الطعام ﴾ * حدثني يحيي عن مالك عن محمد بن عبدالله بن أبي مريم أنه سأل سعيد بن المسيب فقال انى رجل ابتاع الطعام يكون من الصكوك بالجار فربما ابتعت منه بدينار ونصف درهم فأعطى بالنصف طعاما فقال سعيد لا ولكن اعط أنت درهما وخذ بقيته طعاما

ص ﴿ قال مالك عن محمد بن عبدالله بن أبي مريم انه سأل سعيد بن المسيب فقال انى رجل أبتاع الطعام يكون من الصكوك بالجار فربما ابتعت منه بدينار ونصف درهم فاعطى بالنصف طعاما فقال سعيد لا ولكن اعط أنت درهما وخذ بقيته طعاما ﴾ ش قوله انى ابتاع طعاما يكون فى الصكوك بالجار يريد من الصكوك التى تخرج بالأعطية لاهلها على وجه الهبة والعطية المحضة دون وجه من المعاوضة فنهم من يحتاج فيبيعها فكان هذا يبتاعها ويتجر فيها فربما ابتاع الجملة منها بدينار ونصف درهم اما لانه اشترط على سعر ما فأدى الحساب فى الجملة الى دينار ونصف درهم واما لان العقد وقع بهذا العدد حين لم يجب البائع الى البيع بدينار ولا رضيه المبتاع بدينار ودرهم فاتفقا على دينار ونصف درهم وكانت الدراهم فى ذلك الوقت صحاحا فكان من استحق على آخر نصف درهم أخذ به عرضا لعدم الانصاف فأراد محمد بن عبدالله بن أبي مريم أن يدفع طعاما بنصف الدرهم فنهاه عن ذلك سعيد بن المسيب رضي الله عنه وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يدفع اليه من ذلك الطعام بعينه والثانى أن يدفع اليه من غيره فان أعطاه من ذلك الطعام بعينه فلا يخلو أن يقاضيه به قبل قبضه له أو يعطيه اياه بعد استيفائه فان أعطاه اياه قبل استيفائه فقد حكى الشيخ أبو محمد عبد الحق عن بعض القرويين لايجوز ذلك لانه بيع الطعام قبل استيفائه الا أن يعرفا الصرف ويتقايلا بمقدار النصف درهم فذلك جائز قال أبو محمد وان أعطاه اياه بعد قبضه ومغيب المبتاع عليه وقال انه منه فلا يجوز له أن يعطيه طعاما منه ولا من غيره من جنسه ولا من غير جنسه ولفظ المدونة يمنع من هذا التعليل الذى رواه أبو محمد لان مالكا قال فى المدونة باثر قول ابن المسيب وانما كره له سعيد أن يعطى دينارا ونصف درهم لان النصف درهم انما هو طعام فكره له أن يعطى دينارا أو طعاما بطعام قال مالك ولو كان النصف درهم ورقا أو غير الطعام فما كان بذلك بأس فانما كرهه مالك من وجه التفاضل بين الطعامين من جنس واحد ولم يذكر بيع الطعام قبل استيفائه وقد روى ابن القاسم عن مالك فى سماع أصبغ فى رجل اشترى بدينار قمحا فلما وجب البيع لم يجد الا دينارا ناقصا فأراد أن يضع بقدر النقصان ويأخذ منه دينارا ناقصا فكره ذلك مالك وقال ابن حبيب فيمن ابتاع بدينار لحما فلم يجد الا دينارا ناقصا فقال له خذ من اللحم بنصف الدينار يدخله قبل القبض من الفساد أربعة أوجه بيع الطعام قبل استيفائه أو اقتضاء طعام من طعام والتفاضل فى الطعام والتفاضل فى الورق ويدخل بعض القبض ذلك كله الا بيع الطعام قبل استيفائه وفى كتاب ابن مزين انما كرهه لانه

اذا أعطاه من تلك الحنطة قبل قبضها فهو بيع الطعام قبل استيفائه وان أعطاه حنطة من غير تلك الحنطة لم يجز لانه دينار وحنطة بفضة قال أبو محمد وابن القاسم يجيز الاقالة فى الطعام قبل أن يفترقا ولكن أرى العلة فى النهى عن ذلك ان لما أقاله من هذا الطعام حصة من الذهب والفضة فأعطاه لما قابل من الذهب فضة قبل قبض الطعام وأيضا فان ثمن مايقبله منه لايعرف الا بالقيمة (مسئلة) وأما اذا استوفاه ثم رد عليه منه الا بقدر نصف الدرهم فقد قال الشيخ أبو محمد والشيخ أبو الحسن انه لايجوز ذلك ولايصح فيه الاقالة لان الطعام الذى رد له حصة من الدينار ومن النصف الدرهم فلهذا لايجوز أن يقبله منه بفضة قال أبو محمد تبدا الحق والأظهر ان هذا صواب لانه انما راعى هذا فى فساد الاقالة قبل قبضه وأما بعد قبضه فذلك لان بيعه حينئذ جائز وقد قاله غير واحد وهو جائز عندى وهذا الذى قاله أبو محمد صحيح من ذلك الوجه غير انه يدخله من منع الذرائع ماقدمناه مما قاله ابن حبيب وهو ظاهر قول مالك ومايقتضيه تعليله فى المدونة على ماقدمناه (مسئلة) ولو قبض الطعام وغاب عليه وأعطاه من جنسه فلا يجوز أن يعطيه طعاما منه بزعمه ولا من غيره من جنسه أو من غير جنسه قاله بعض القرويين * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ووجه ذلك عندى فى ذلك بيع الطعام بالطعام ومع أحدهما ذهب وذلك غير جائز (مسئلة) وأما لو أعطاه من غير نوع القمح فلا يخلو أن يعطيه من جنسه كالشعير والسلت أو من غير جنسه كالتمر والقطنية فان أعطاه بالنصف درهم من جنسه كالشعير أو السلت قبل القبض لم يجز لانه شعير ودينار بحنطة وذلك غير جائز وان كان أعطاه تمرا أو زبيبا جاز لانه يجوز التفاضل بينه وبين الحنطة فكأنه باعه حنطة بدينار وزبيب وهذا يجوز اذا وجد التناجز والقبض قبل التفرق وأما ان أعطاه بعد قبضه وقبل أن يغيب عليه شعيرا أو سلتا فلا يجوز ذلك ولو أعطاه تمرا أو زبيبا لجاز وأما ان غاب عليه فلا يجوز شئ من ذلك لانه يقتضى من ثمن الطعام طعاما والله تعالى التوفيق ص * مالك انه بلغه ان محمد ابن سيرين كان يقول لاتبيعوا الحب فى سنبله حتى يبيض * ش قوله رضى الله عنه لاتبيعوا الحب فى سنبله حتى يبيض من باب النهى عن بيع الحب قبل أن ييبس لان سنبله اذا ابيض فقد يبس مافيه من الحب فاما وقت المنع من البيع وهو حال افراكه فان سنبله لم يبيض بعد وفرق بينه وبين الثمرة أن الثمرة تباع اذا بدا اصلاحها وذلك ان كل شجرة يجوز بيع ثمرتها اذا بدا اصلاحها وان لم تبلغ حد الادخار ومالم يكن له ساق فيكره ذلك فيه الا أن يبلغ حد الادخار وقد تقدم القول فى ذلك ص * قال مالك من اشترى طعاما بسعر معلوم الى أجل مسمى فلما حل الأجل قال الذى عليه الطعام لصاحبه ليس عندى طعام فبعنى الطعام الذى لك على الى أجل فيقول صاحب الطعام هذا لايصلح لانه قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفى فيقول الذى عليه الطعام لغريمه فبعنى طعاما الى أجل حتى أقضيك فهذا لايصلح لانه انما يعطيه طعاما ثم يرده اليه فيصير الذهب الذى أعطاه ثمن الطعام الذى كان له عليه ويصير الطعام الذى أعطاه محللا فيما بينهما ويكون ذلك اذا فعلاه بيع الطعام قبل أن يستوفى * ش وهذا كما قال ان من كان له عليه طعام من سلم فلما حل الأجل قال أشترى منك طعاما أقضيك منه سلمك فانه لايجوز أن يبيعه منه الى أجل بمثل رأس مال السلم ولا أقل منه ولا أكثر لانه يدخله فسخ دين فى دين لانه كان له عليه طعام يريد فسخه فى عين الى أجل وان باع منه لم يجز بأكثر من الثمن الاول ولا أقل منه لانه يدخله بيع الطعام قبل استيفائه ولا بأس به بمثل رأس مال السلم لانه يؤول الى الاقالة وذلك جائز فى طعام السلم (مسئلة) وان كان الطعام المؤجل

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن محمد بن سيرين كان يقول لاتبيعوا الحب فى سنبله حتى يبيض * قال مالك من اشترى طعاما بسعر معلوم الى أجل مسمى فلما حل الأجل قال الذى عليه الطعام لصاحبه ليس عندى طعام فبعنى الطعام الذى لك علىّ الى أجل فيقول صاحب الطعام هذا لايصلح لأنه قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفى فيقول الذى عليه الطعام لغريمه فبعنى طعاما الى أجل حتى أقضيك فهذا لايصلح لأنه انما يعطيه طعاما ثم يرده اليه فيصير الذهب الذى أعطاه ثمن الطعام الذى كان له عليه ويصير الطعام الذى أعطاه محللا فيما بينهما ويكون ذلك اذا فعلاه بيع الطعام قبل أن يستوفى

* قال مالك في رجل له على رجل طعام ابتاعه منه ولغريمه على رجل طعام مثل ذلك الطعام فقال الذي عليه الطعام لغريمه أحيلك على غريم لي عليه مثل الطعام الذي لك علي بطعامك الذي لك علي * قال مالك ان كان الذي عليه الطعام انما هو طعام ابتاعه فاراد أن يحيل غريمه بطعام ابتاعه فان ذلك لا يصلح وذلك بيع الطعام قبل أن يستوفى

فان كان الطعام سلفا حالا فلا بأس أن يحيل به غريمه لان ذلك ليس ببيع ولا يحل بيع الطعام قبل أن يستوفى لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك غير أن أهل العلم قد اجتمعوا على انه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة في الطعام وغيره * قال مالك وذلك أن أهل العلم أنزلوه على وجه المعروف ولم ينزلوه على وجه البيع وذلك مثل الرجل يسلف الدراهم النقص فيقضى دراهم وازنة فيها فضل فيحل له ذلك ويجوز ولو اشترى منه دراهم نقصا بوازنة لم يحل ذلك ولو اشترط عليه حين أسلفه وازنة وانما أعطاه نقصا لم يحل له ذلك * قال مالك ومما يشبه ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة وأرخص في بيع العرايا بخرصها من التمر وانما فرق بين ذلك أن بيع المزابنة بيع على وجه المكايسة والتجارة وأن بيع العرايا على وجه المعروف لا مكايسة فيه * قال مالك ولا ينبغي أن يشتري رجل طعاما بربع أو ثلث أو كسر من دراهم على أن يعطى بذلك طعاما الى أجل ولا بأس أن يبتاع الرجل طعاما بكسر من دراهم الى أجل ثم يعطى درهما ويأخذ بما بقي له من درهمه سلعة من السلع لانه أعطى الكسر الذي عليه فضة وأخذ ببقية درهمه سلعة فهذا لا بأس به

من قرض لم يجز أن يبتاع منه طعاما ليقضيه بثمن مؤجل لانه يؤول الى فسخ دين في دين ويجوز أن يبتاعه منه بنقد لانه يؤول الى بيع طعام القرض قبل استيفائه وذلك جائز ص *(قال مالك في رجل له على رجل طعام ابتاعه منه ولغريمه على رجل طعام مثل ذلك الطعام فقال الذي عليه الطعام لغريمه أحيلك على غريم لي عليه مثل الطعام الذي لك علي بطعامك الذي لك علي * قال مالك ان كان الذي عليه الطعام انما هو طعام ابتاعه فأراد أن يحيل غريمه بطعام ابتاعه فان ذلك لا يصلح وذلك بيع الطعام قبل أن يستوفى فان كان الطعام سلفا حالا فلا بأس أن يحيل به غريمه لان ذلك ليس ببيع ولا يحل بيع الطعام قبل أن يستوفى لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك غير ان أهل العلم قد اجمعوا على أنه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة في الطعام وغيره * قال مالك وذلك ان أهل العلم أنزلوه على وجه المعروف ولم ينزلوه على وجه البيع وذلك مثل الرجل يسلف الدراهم النقص فيقضي دراهم وازنة فيها فضل فيحل له ذلك ويجوز ولو اشترى منه دراهم نقصا بوازنة لم يحل ذلك ولو اشترط عليه حين أسلفه وازنة وانما أعطاه نقصا لم يحل له ذلك * قال مالك ومما يشبه ذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة وأرخص في بيع العرايا بخرصها من التمر وانما فرق بين ذلك ان بيع المزابنة بيع على وجه المكايسة والتجارة وأن بيع العرايا على وجه المعروف لا مكايسة فيه) ش وهذا كما قال ان من كان له على رجل طعام من ابتياع وللرجل على آخر مثل طعامه من بيع لم يجز أن يحيله به لان البيعتين متواليتان في طعام واحد دون استيفاء وليست الحوالة بفاصل بين البيعين بل تؤكد معناهما وتجمعهما في عين واحدة من الطعام وذلك غير جائز ولو كان أحد الطعامين من قرض لجاز ذلك يجوز أن تحيل من له قبلك طعام من قرض على من لك عليه طعام من بيع وتحيل من له طعام من بيع على من له عليه طعام من قرض ولا يجوز لاحد هذين المحالين أن يبيع ما أحيل به قبل أن يستوفيه لان هذا البيع يتصل بالبيع الاول من المحال أو المحال عليه قبل أن يستوفى الطعام وذلك غير جائز وقد تقدم شرح ذلك الى آخر الفصل بما يغني عن اعادته ص *(قال مالك ولا ينبغي أن يشتري رجل طعاما بربع أو ثلث أو كسر من درهم على أن يعطى بذلك طعاما الى أجل ولا بأس أن يبتاع الرجل طعاما بكسر من دراهم الى أجل ثم يعطى درهما ويأخذ بما بقي له من درهمه سلعة من السلع لان أعطى الكسر الذي عليه فضة وأخذ ببقية درهمه سلعة فهذا لا بأس به) ش وهذا كما قال انه لا يجوز لاحد أن يشتري طعاما بكسر من درهم على أن يعطى بذلك طعاما الى أجل لانه يدخله الطعام بالطعام الى أجل وقد قدمنا انه غير جائز ولا يبيح ذلك ضرورة لان عنه مندوحة أن يدفع اليه الطعام به نقدا أو يدفع اليه عند انقضاء الاجل درهما كاملا ويأخذ ببقيته ما شاء ويجوز أن يشتري منه بكسر الدرهم طعاما ويدفع اليه درهما كاملا ولا يدخل ذلك بيع وسلف لانهما لم يعقدا على ذلك فان كان علما ان كسر الدرهم لا يوجد ولا يمكن تسليمه الا أن البائع يتوقع أن يقبض منه بقية درهمه ما شاء متى شاء أو يشاركه فيه ولو عقدا البيع

على انه لا يكون للبتاع بقية الدرهم نساء الى أجل مالكان ذلك بيعا وسلفا ممنوعا ص ﴿ قال مالك ولا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهما ثم يأخذ منه بربع أو بثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة فاذا لم يكن في ذلك سعر معلوم وقال الرجل آخذ منك بسعر كل يوم فهذا لا يحل لانه غرر يقل مرة ويكثر مرة ولم يفترقا على بيع معلوم ﴾ ش وهذا كما قال ان الرجل يجوز له أن يضع عند الرجل درهما ويأخذ منه ببعضه ما شاء ويترك عنده الباقي وذلك يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يضعه عنده مهملا وذلك جائز وقد تقدم ذكره والثاني أن يقول له آخذ به منك كذا وكذا من التمر أو كذا وكذا من اللبن أو غير ذلك بقدر معه فيه سلعة ما ويقدر ثمنها قدرا ما ويترك ذلك حالا يأخذه متى شاء أو يؤقت له وقتا ما فهذا جائز وقد تقدم ذكره والثالث أن يترك عنده في سلعة معينة أو غير معينة على أن يأخذ منها في كل يوم بسعره عقدا على ذلك يبيعها فان ذلك غير جائز لأن ما عقدا عليه من الثمن مجهول وذلك من الغرر الذي يمنع صحة البيع ص ﴿ قال مالك ومن باع طعاما جزافا ولم يستثن منه شيأ ثم بدا له أن يشتري منه شيأ فانه لا يصلح له أن يشتري منه شيأ الا ما كان يجوز له أن يستثنيه منه وذلك الثلث فما دونه فان زاد على الثلث صار ذلك الى المزابنة والى ما يكره فلا ينبغي له أن يشتري منه شيأ الا ما كان يجوز له أن يستثني منه ولا يجوز له أن يستثني منه الا الثلث فما دونه قال مالك وهذا الامر الذي لا اختلاف فيه عندنا ﴾ ش وهذا كما قال ان من باع طعاما جزافا ثم أراد أن يشتري منه مكيلة ما فانه لا يجوز له أن يشتري منه الا بمقدار ما كان يجوز له أن يستثني في البيع وذلك بمقدار الثلث فأقل لأنه ان استثنى منه أكثر من الثلث دخل الغرر المبيع وبعد عن الحزر والتحري فتلحقه الجهالة التي تفسد البيع واستثنى مقدار الثلث فأقل بيسير باضافته الى الجملة فيتأتى حزر ما فيها وتحريه فلذلك جوزناه وأجرينا الابتياع بعد العقد هذا المجرى لئلا يتوصل به الى استثناء ما لا يجوز استثناؤه وهذا من استثناء المكيلة من الثمرة المبيعة في رؤس الشجر وقد تقدم ذكر ذلك وبيانه بما يغني عن اعادته

﴿ الحكرة والتربص ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا حكرة في سوقنا لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب الى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونه علينا ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله ﴾ ش قوله رضي الله عنه لا حكرة في سوقنا يريد المنع من الاحتكار في سوق المدينة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام لأن غالب أحوالها غلاء الاسعار وقلة الاقوات وضيقها على المتقوتين بها وذلك يمنع الادخار لما فيه من التضييق على الناس في أقواتهم وفي هذا أربعة أبواب * أحدها بيان معنى الاحتكار وحكمه * والباب الثاني في بيان معنى الوقت الذي يمنع فيه الادخار * والباب الثالث في بيان ما يتعلق به في المنع من الاحتكار * والباب الرابع في بيان من يمنع من الاحتكار

(الباب الاول في بيان معنى الاحتكار وحكمه)

ان الاحتكار هو الادخار للمبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق فأما الادخار للقوت فليس من باب الاحتكار (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان احتكار الاقوات وغيرها ليس بممنوع روى ابن المواز عن مالك أنه سئل عن التربص بالطعام وغيره رجاء الغلاء قال ما علمت فيه بنهي ولا أعلم به

---

* قال مالك ولا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهما ثم يأخذ منه بربع أو بثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة فاذا لم يكن في ذلك سعر معلوم وقال الرجل آخذ منك بسعر كل يوم هذا لا يحل لانه غرر يقل مرة ويكثر مرة ولم يفترقا على بيع معلوم * قال مالك ومن باع طعاما جزافا ولم يستثن منه شيأ ثم بدا له أن يشتري منه شيأ فانه لا يصلح له أن يشتري منه شيأ الا ما كان يجوز له أن يستثنيه منه وذلك الثلث فما دونه فان زاد على الثلث صار ذلك الى المزابنة والى ما يكره فلا ينبغي له أن يشتري منه شيأ الا ما كان يجوز له أن يستثني منه ولا يجوز له أن يستثني منه الا الثلث فما دونه وهذا الامر الذي لا اختلاف فيه عندنا

﴿ الحكرة والتربص ﴾

* حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا حكرة في سوقنا لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب الى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونه علينا ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله

بأسا يحبس اذا شاء ويبيعه اذا شاء ويخرجه الى بلد آخر قيل لمالك فمن يبتاع الطعام فيحبس غلاءه قال مامن أحد يبتاع طعاما أو غيره الا ويحب غلاءه (مسئلة) ويتعلق المنع بمن يشترى فى وقت الغلاء أكثر من مقدار قوته وذلك أيضا على ضربين أحدهما أن يكون من أهل موضع الابتياع أو غيره فان كان من أهل الموضع فحكمه ماذكرناه وان كان من غيره فلا يخلو أن يشترى بالفسطاط للريف أو بالريف للفسطاط أو يشترى بموضع من الريف لغيره فان اشترى بالفسطاط للريف فلا يخلو أن يكون بالفسطاط كثيرا فلا يضيق على أهله أو قليلا يضيق على أهله فان كان كثيرا أو عند أهل الريف مايغنيهم ففى كتاب ابن المواز عن مالك يمنعون ذلك ووجهه أن الفسطاط عمدة الاسلام ومجتمع الناس فاذا تساوت حاله وحال الاطراف منع الانتقال منه لأنه اذا فسد فسدت الارياف والجهات ولا تفسد الجهات مع صلاحه لأن قيامها به (مسئلة) وان كانت الحاجة بالريف والكثرة بالمصر جاز اقتيات أهل الارياف منه بالاخراج اليهم لأن جلب الطعام الى المصر وادخاره بها انما هو عدة للمصر وأريافه وجهاته وان كان بالمصر قليلا يخاف من شراء أهل الارياف له واخراجه عنه مضرة منعوا من اخراجه لتساوى الحالين فان ابتاعوه وأكلوا بالمصر لم يمنعوا منه لأنه لا يجوز اسلامهم للضر والهلكة وانما يمنعون من اضعاف المصر باخراج الطعام منه لأنه اذا لم يكن بد من اتلاف الجهتين كانت مراعاة بقاء المصر أولى

(الباب الثانى فى بيان معنى الوقت الذى يمنع فيه الادخار)

ان لذلك حالتين احداهما حال ضرورة وضيق فهذا حال يمنع فيها من الاحتكار ولا خلاف نعلمه فى ذلك والثانية حال كثرة وسعة فهنا اختلف أصحابنا فالذى رواه ابن القاسم عن مالك انه لا يمنع فيها من احتكار شئ من الاشياء * قال مالك ومما يعيبه من مضى ويرونه ظلما منع التجر اذا لم يكن مضرا بالناس ولا بأسواقه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك أن احتكار الطعام يمنع فى كل وقت فأما غير الطعام فلا يمنع احتكاره الا فى وقت الضرورة دون وقت السعة وجه مارواه ابن القاسم أن يمنع فى وقت السعة منع أهل الاحتكار منفعة لا مضرة على غيرهم فى اباحتها ولا منفعة لهم فى منعها وذلك غير جائز كما لا يجوز أن يمنعوا الشرب من الدجلة (فرع) فاذا قلنا برواية مطرف وابن الماجشون فان جميع القطانى والحبوب التى هى للقوت والعلوفة يتعلق بها هذا المنع وكذلك الزيت والعسل والسمن والزبيب والتين وشبهها فان ذلك كله بمنزلة القمح رواه مطرف وابن الماجشون وابن حبيب

(الباب الثالث وهو ما يمنع من احتكاره)

فالذى رواه ابن المواز وابن القاسم عن مالك ان الطعام وغيره من الكتان والقطن وجميع مايحتاج اليه فى ذلك سواء فيمنع من احتكاره ما أضر ذلك بالناس ووجه ذلك ان هذا مما تدعو الحاجة اليه لمصالح الناس فوجب أن يمنع من ادخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام

(الباب الرابع فى بيان ما يمنع من الاحتكار)

أما ما يمنع من الاحتكار فان الناس فى ذلك على ضربين ضرب صار اليه بزراعته أو جلابه فهذا لا يمنع من احتكاره ولا من استدامة امساكه ماشاء كان ذلك ضرورة أو غيرها روى ابن المواز عن مالك انه قال يبيع هذا متى شاء ويمسك اذا شاء بالمدينة وغيرها (مسئلة) والضرب الثانى من صار اليه الطعام بابتياع بالبلد فان المنع يتعلق به فى وقتين أحدهما أن يبتاعه فى وقت ضرورة وقد

* وحدثني عن مالك عن يونس بن يوسف عن سعيد بن المسيب أن عمر ابن الخطاب مر بحاطب ابن أبي بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق فقال له عمر بن الخطاب اما أن تزيد في السعر واما أن ترفع من سوقنا * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن عثمان بن عفان كان ينهى عن الحكرة

قدمنا بيان ذلك والثاني أن يبتاعه في وقت سعة وجواز الشراء ثم تلحق الناس شدة وضرورة الى الطعام ففي كتاب ابن المواز قيل لمالك فاذا كان الغلاء الشديد وعند الناس طعام مخزون أيباع عليهم قال ما سمعته وقال في موضع آخر فاذا كان في البلد طعام مخزون واحتيج اليه للغلاء فلا بأس أن يأمر الامام باخراجه الى السوق فيباع ووجه ذلك انه انما أبيح لهم شراؤه ليكون عدة للناس عند الضرورة (مسئلة) وان احتكر شيأ من ذلك من لا يجوز له احتكاره ففي كتاب ابن مزين عن عيسى بن دينار انه قال يتوب ويخرجه الى السوق ويبيعه من أهل الحاجة اليه بمثل ما اشتراه به لا يزداد فيه شيأ ووجه ذلك ان المنع قد تعلق بشرائه لحق الناس وأهل الحاجة فاذا صرفه اليهم بمثل ما كانوا يأخذونه أولا حين ابتياعه اياه فقد رجع عن فعله الممنوع منه (مسئلة) فان أبي من ذلك فقد قال ابن حبيب يخرج من يده الى أهل السوق يشتركون فيه بالثمن فان لم يعلم ثمنه فبسعره يوم احتكاره ووجه ذلك نه لما كان هذا الواجب عليه فلم يفعله أجبر عليه وصرف الحق الى مستحقه

(فصل) وقوله ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف قال عيسى بن دينار معناه جالب في قلب الشتاء وشدة برده وقلب الصيف وشدة حره فيلقى النصب في سفره من الحر والبرد * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ان معناه على ما يعتمد عليه من كبده ويريد بذلك ان كان يجلب على ظهره أو على ظهر دابته فأضاف كبدها اليه بحق ملكه لها واختصاصها به

(فصل) وقوله رضي الله عنه فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله يريد أن عمر يمنعه ممن أراد اجباره على البيع وأضاف المشيئة الى الله لقوله تعالى وما تشاؤن الا أن يشاء الله فلا يشاء الجالب البيع والامساك الا أن يشاء الله تعالى ص * مالك عن يونس بن يوسف عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيباله بالسوق فقال له عمر ابن الخطاب اما أن تزيد في السعر واما أن ترفع من سوقنا * مالك انه بلغه أن عثمان بن عفان كان ينهى عن الحكرة * ش قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه اما أن تزيد في السعر واما أن ترفع من سوقنا روى ابن مزين عن عيسى بن دينار أن معنى ذلك أن حاطب بن أبي بلتعة كان يبيع دون سعر الناس فأمره عمر أن يلحق بسعر الناس أو يقوم من السوق * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والتسعير على ضربين أحدهما هذا الذي ذكرناه من ان من حط من سعر الناس أمر أن يلحق بسعرهم أو يقوم من السوق وفي ذلك ثلاثة أبواب * أحدها في تبيين السعر الذي يؤمر من حط عنه أن يلحق به * والباب الثاني في تبيين من يختص به ذلك من البائعين * والباب الثالث في تبيين ما يختص به ذلك من المبيعات

(الباب الأول في تبيين السعر الذي يؤمر من حط عنه أن يلحق به)

والذي يختص به في ذلك من السعر هو الذي عليه جمهور الناس فاذا انفرد عنهم الواحد أو العدد اليسير بحط السعر أمر من حطه باللحاق بسعر الناس أو ترك البيع (مسئلة) فان زاد في السعر واحد أو عدد يسير لم يؤمر الجمهور باللحاق بسعره أو الامتناع من البيع لان من باع به من الزيادة ليس بالسعر المتفق عليه ولا بما تقام به المبيعات وانما يراعى في ذلك حال الجمهور ومعظم الناس وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا يقام الناس لخمسة * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه يجب أن ينظر في ذلك الى قدر الأسواق والله أعلم وأحكم

(الباب الثانى فى تبيين من يختص به ذلك من البائعين)

لاخلاف فى ان ذلك حكم أهل السوق والباعة فيه وأما الجالب ففى كتاب محمد لا يمنع الجالب أن يبيع فى السوق دون بيع الناس وقال ابن حبيب لا يبيعون ماعدا القمح والشعير الا بمثل سعر الناس والا رفعوا كأهل الأسواق وجه مافى كتاب محمد ان الجالب يسامح ويستدام أمره ليكثر مايجلبه مع ان مايجلبه ليس من أقوات البلد وهو يدخل الرفق عليهم بما يجلبه فربما أدى التحجير عليه الى قطع الميرة والبائع بالبلد انما يبيع أقواتهم المختصة بهم ولا يقدر على العدول بها عنهم فى الأغلب ولهذا فرقنا بينهما فى الحكرة وقت الضرورة ووجه ماقاله ابن حبيب ان هذا بائع فى السوق فلم يكن له أن يحط عن سعره لان ذلك مفسد لسعر الناس كأهل البلد قال فاما جالب القمح والشعير فقال ابن حبيب يبيع كيف شاء الا ان لهم فى أنفسهم حكم أهل السوق وان أرخص بعضهم تركوا ان قل من حط السعر وان كثر المرخصون قيل لمن بقى اما أن تبيع كبيعهم واما ان ترفع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان البائع للطعام من أهل السوق هل يمنع من بيعه فى دار بسعر السوق وقال ابن حبيب وينبغى فى الطعام أن يخرج الى السوق كما جاء الحديث ووجه ذلك ان بيعه فى الدور اعزازله وسبب الى غلائه وتطرق ليبيعه البائع كيف شاء بدون سعر أهل السوق اذا لم يعرف له ذلك فى السوق فان كان جالبا فليبعه فى السوق أو فى الدار ان شاء على يده

(الباب الثالث فيما يختص به ذلك من المبيعات)

أما مايختص به ذلك من المبيعات فقال ابن حبيب ان ذلك فى المكيل والموزون مأكولا كان أو غير مأكول دون غيره من المبيعات التى لا تكال ولا توزن ووجه ذلك ان المكيل والموزون مما يرجع الى المثل فلذلك وجب أن يحمل الناس فيه على سعر واحد وغير المكيل والموزون لا يرجع فيه الى المثل وانما يرجع فيه الى القيمة ويكثر اختلاف الاغراض فى أعيانه فلما لم يكن متماثلا لم يصح أن يحمل الناس فيه على سعر واحد وهذا اذا كان المكيل والموزون متساويا فى الجودة فاذا اختلف صنفه لم يؤمر من باع الجيد ان يبيعه بمثل سعر ماهو أدون لان الجودة لها حصة من الثمن كالمقدار (مسئلة) وأما الضرب الثانى من التسعير فهو أن يحد لاهل السوق سعر ليبيعون عليه فلا يتجاوزونه فهذا منع منه مالك وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وأرخص فيه سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الانصارى وروى أشهب عن مالك فى العتبية فى صاحب السوق يسعر على الجزار بن لحم الضأن ثلث رطل ولحم الابل نصف رطل والا خرجوا من السوق قال اذا سعر عليهم قدر مايرى من شرائهم فلا بأس به ولكن أخاف أن يقوموا من السوق وجه القول الاول ماروى عن أبى هريرة أنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله سعر لنا فقال بل ادعوا الله ثم جاءه رجل فقال يارسول الله سعر لنا فقال بل الله يرفع ويخفض وانى لأرجو أن ألقى الله وليست لاحد عندى مظلمة ومن جهة المعنى ان اجبار الناس على بيع أموالهم بغير ماتطيب به أنفسهم ظلم لهم مناف لملكهالهم ووجه قول أشهب مايجب من النظر فى مصالح العامة والمنع من اغلاء السعر عليهم والافساد عليهم وليس يجبر الناس على البيع وانما يمنعون من البيع بغير السعر الذى يحده الامام على حسب مايرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع ولا يمنع البائع ربحا ولا يسوغ له منه مايضر بالناس (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب ففى ذلك ثلاثة أبواب أحدها فى صفة التسعير *والباب الثانى فى ذكر من يسعر عليه*والباب الثالث فيما يتعلق به التسعير من المبيعات

(الباب الاول فى صفة التسعير)

قال ابن حبيب ينبغى للامام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشئ و يحضر غيرهم استظهارا على صدقهم فيسئلهم كيف يشترون وكيف يبيعون فينازلهم الى مافيه لهم وللعامة سداد حتى يرضوا به قال ولا يجبرون على التسعير ولكن عن رضا وعلى هذا أجازه من أجازه و وجه ذلك ان بهذا يتوصل الى معرفة مصالح الباعة والمشترين ويجعل للباعة فى ذلك من الربح مايقوم بهم ولا يكون فيه اجحاف بالناس واذا سعر عليهم من غير رضا بما لاربح لهم فيه أدى ذلك الى فساد الاسعار واخفاء الاقوات واتلاف أموال الناس

(الباب الثانى فى ذكر من يسعر عليهم)

أما من يسعر عليهم على هذا القول فهم أهل الأسواق وأما الجالب فلا يسعر عليه شئ الأ أن مايجلبه على ضربين أصل القوت وهو القمح أو الشعير فهذا لا يسعر عليه برضاه ولا بغير رضاه وليبع كيف شاء وأمكنه اذا اتفقوا قاله ابن حبيب فان اختلفوا فقد تقدم بيانه قبل هذا والله الموفق للصواب (مسئلة) وأما جالب الزيت والسمن واللحم والبقل والفواكه وما أشبه ذلك مما يشتريه أهل السوق للبيع على أيديهم فهذا أيضا لا يسعر على الجالب ولا يقصد بالتسعير ولكنه اذا استقر أمر أهل السوق على سعر قيل له اما أن تلحق به والا فاخرج عنه

(الباب الثالث فيما يتعلق به التسعير من المبيعات)

قال ابن حبيب وهذا فيما عدا القطن والبز و يجب أن يختص التسعير بالمكيل والموزون واما غيره فلا يمكن تسعيره لعدم التماثل فيه وقد تقدم معناه من قبل هذا

﴿ مايجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه ﴾

ص ﴿ مالك عن صالح بن كيسان عن حسن بن محمد بن على بن أبى طالب ان على بن أبى طالب باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا الى أجل ﴾ ش قوله باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا الى أجل على ماقدمناه من بيع الجنس بعضه ببعض متفاضلا الى أجل اذا تباينت الأغراض فيه وقدمنا من قبل ان الغرض من الابل القوة على الحمل فاذا كان هذا الجمل مشهورا بالقوة على الحمل ماينافيه غاية فى بابه جاز بيعه الى أجل بعشرين من جملة الابل ولا يخلو أن يباع واحد بعشرين الا لانه غاية فى بابه وان العشرين ليست فى الغرض المقصود منها متقدمة وانما هى من جملة حواشى الابل التى لا توصف بذلك ولا تشارك فيه ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيها صاحبها بالربذة ﴾ ش قوله اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة الحديث يحتمل أن يكون جواز التفاضل فيها الى أجل لان الراحلة التى أخذ غاية فى الحمل والراحلة اسم واقع على الذكر والأنثى من الابل وكذلك البدنة وقد تقدم ذلك فى كتاب الحج وأما قوله يوفيه اياها بالربذة فانه اذا عين موضع قضاء السلم جاز ذلك ولزم على ماقدمناه ص ﴿ مالك أنه سأل ابن شهاب عن بيع الحيوان اثنين بواحد الى أجل فقال لا بأس بذلك ﴾ ش قوله فى بيع الحيوان اثنين بواحد لا بأس به يحتمل أن يريد به جنسين مختلفين فى الخلقة والاسم وهذا لا خلاف فى جوازه و يحتمل أن يريد به من جنس واحد فى الخلقة والتسمية ولكنهما يختلفان فى المنفعة المقصودة من ذلك الجنس أو بالكبر والصغر ان كان مما يختلف به وقد تقدم بيانه قبل هذا ص ﴿ قال مالك

﴿ مايجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن صالح بن كيسان عن حسن بن محمد بن على بن أبى طالب أن على بن أبى طالب باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا الى اجل * وحدثنى عن مالك عن نافع أن عبد الله ابن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيها صاحبها بالربذة * وحدثنى عن مالك أنه سأل ابن شهاب عن بيع الحيوان اثنين بواحد الى أجل فقال لا بأس بذلك قال مالك

الأمر المجتمع عليه عندنا انه لا بأس بالجمل بالجمل مثله و زيادة دراهم يدا بيد ولا بأس بالجمل بالجمل مثله
وزيادة دراهم الجمل بالجمل يدا بيد والدراهم الى أجل قال ولا خير فى الجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم
الدراهم نقدا والجمل الى أجل وان أخرت الجمل والدراهم لا خير فى ذلك أيضا * ش وهذا كما قال
ان ما يجوز فيه التفاضل نقدا من غير المقتات والذهب والفضة و يحرم فيه التفاضل فيها فان من باع
بعضه ببعض يدا بيد فلا يفسد ذلك ما كان معه من زيادة من غير ذلك الجنس نقدا أو الى أجل بعد أن
يتعجل المتجانسان فان تأجل شئ من جنسهما لم يجز ذلك بوجه وهذا عقد هذا الباب ووجه ذلك انه
اذا لم يتأجل شئ من جنسهما فقد سلما من السلف فلا بأس بالزيادة واذا تأجل شئ من جنس ما تعجل
فقد صار سلفا وازداد أحدهما فيه ما أفسد السلف ص * (قال مالك ولا بأس أن يبتاع البعير النجيب
بالبعيرين أو بالأبعرة من الحمولة من حاشية الابل وان كانت من نعم واحدة فلا بأس أن يشترى منها
اثنان بواحد الى أجل اذا اختلفت فبان اختلافها وان أشبه بعضها بعضا واختلفت أجناسها أو لم
تختلف فلا يؤخذ منها اثنان بواحد الى أجل * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يؤخذ البعير
بالبعيرين ليس بينهما تفاضل فى نجابة ولا رحلة فان كان هذا على ما وصفت لك فلا يشترى منه اثنان
بواحد الى أجل ولا بأس بأن تبيع ما اشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير الذى اشتريته منه اذا
انتقدت ثمنه * ش قوله رحمه الله ولا بأس أن يباع البعير النجيب بالبعيرين أو بالأبعرة من الحمولة
و يحتمل أن يريد بالنجيب جنسا من الابل يختص بهذا الاسم وأكثرها يركب بالسروج لانها للمشى
السريع وليست للحمل فهو نوع من الابل يقال لها البخت كما يقال لغيرها الهجن و يقال البخت
والعراب و يحتمل أن يريد بالنجيب الفاره القوى على الحمل كما يقال رجل نجيب وفرس نجيب
اذا كان متقدما فى جنسه فيكون هذا وصفا لذلك الجمل دون وصف نوعه ولا جنسه فالحمولة من الابل
هو ما يحمل عليه منها دون ما يراد للدر والنسل خاصة وحواشيها أدونها وليست بوصف المتقدم منها بأنه
من الحواشى وهذا أظهر فى قول مالك رحمه الله البعير الفاره النجيب القوى على الحمل المتناهى فيه
بالبعيرين اللذين يحملان الا أنهما من دون الابل وان كان المعجل والمؤجل من نوع واحد * قال
القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ولا يجوز عندى أن يريد به النجيب من النوع لان ذلك ليس فى
الأغلب مما يغلب عليه فيوصف بأنه حمولة وفى كتاب محمد بن المواز وابن حبيب وأما الابل فما كان
فيه النجابة والرحلة صنف فجمع بين النجابة والرحلة وعدل عن ذكر الأنواع ووصفها بالنجب
والبخت والعراب والهجن قال ابن حبيب والحمولة وان لم يكن لها فضل نجابة ولها فضل عمل تحمل
القباب والمحامل يسلم فى حواشى الابل يريد أن تكون لها قوة على الحمل وان لم تكن لها تلك النجابة
فى خلقها كالفرس الجواد فى جريه وان لم يكن من عتاق الخيل فى صورته لكنه لو اجتمعت فى
البعير حسن الخلقة والقوة على الحمل لكان أبين كالفصاحة فى العبد اذا اجتمعت مع التجارة كانت
أبين فان انفردت الفصاحة لم يكن لها حكم وان انفردت التجارة ثبت لها حكم فكذلك النجابة والحمولة

(فصل) وقوله رحمه الله كانت من نعم واحدة يحتمل أن يريد به من قطيع واحد ومن نسل فحل
واحد و يحتمل أن يريد به وان كان نوعها واحدا فاذا اختلفت بما ذكرناه من القوة على الحمل فبان
اختلافها جاز أن يباع منها واحد باثنين الى أجل لما ذكرناه من اختلافهما فى المنفعة المقصودة
من الجنس

(فصل) وقوله رحمه الله وان أشبه بعضها بعضا واختلفت أجناسها أو لم تختلف فلا يؤخذ منها اثنان

الامر المجتمع عليه عندنا انه لا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم يدا بيد ولا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم الجمل بالجمل يدا بيد والدراهم الى أجل قال ولا خير فى الجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم الدراهم نقدا والجمل الى أجل وان أخرت الجمل والدراهم لا خير فى ذلك أيضا * قال مالك ولا بأس أن يبتاع البعير النجيب بالبعيرين أو بالابعرة من الحمولة من حاشية الابل وان كانت من نعم واحدة فلا بأس أن يشترى منها اثنان بواحد الى أجل اذا اختلفت فبان اختلافها وان أشبه بعضها بعضا واختلفت أجناسها أو لم تختلف فلا يؤخذ منها اثنان بواحد الى أجل *قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يؤخذ البعيران ليس بينهما تفاضل فى نجابة ولا رحلة فاذا كان هذا على ما وصفت لك فلا يشترى منه اثنان بواحد الى أجل ولا بأس أن تبيع ما اشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه

بواحد يريد أنها اذا اشتبهت فى المنفعة المقصودة وتقاربت فيها وهى القوة على الحمل فسواء كان جنسها واحدا بان تكون هجنا كلها أو عرابا كلها أو بختا كلها أو اختلفت أجناسها فكان بعضها هجنا وبعضها عرابا أو على غير ذلك من الاجناس فانه لا يجوز منها واحد باثنين الى أجل

(فصل) قوله وتفسير ما كره من ذلك أن يؤخذ البعير بالبعير بن ليس بينهما تفاضل فى نجابة ولا رحلة يريد نهاية التساوى وهو ان يكونا متساويين فى جنس الخلقة ونوعها والصبر على طول السير والقوة على الحمولة وهى الرحلة وانما أراد أن يبين علة منع التفاضل بأبلغ ذلك وذكر رحمه الله كل ماله تأثير فى المنع من ذلك وقد تقدم أن جنس الخلقة وتمامها مؤكد للقوة على الحمل كالفصاحة فى العبد مع التجارة قال فاذا كان هذا على ما وصفت يريد من تساويهما فى المعنيين المذكورين فلا يشترى واحد منه باثنين الى أجل يريد ان تساويهما واتفاق الاغراض فيهما يخرج ذلك عن حد البيع الى حد الغرض الذى ينافى التفاضل

(فصل) وقوله ولا بأس بأن تبيع ما اشتريت منه قبل استيفائه من غير الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه يريد انه وان كان مطعوما بعد الزكاة فانه ليس حكمه حكم المطعومات فى المنع من بيعه قبل استيفائه على الكراهية فى الجزاف وعلى التحريم فى المكيل والموزون وما ثبت فى الذمة من الحيوان والعروض فانه يجوز بيعه قبل استيفائه وقوله من غير الذى اشتريته منه تحقيق لمعنى البيع لأنه قد يكون من بائعه منه على وجه الاقالة وربما كان الاغلب من معاملته فيه

(فصل) وقوله رحمه الله اذا انتقدت ثمنه يريد والله أعلم أن لا يبيعه بدين وذلك انه لا يخلو أن يكون الحيوان والعرض مؤجلا أو غير مؤجل فان كان مؤجلا لم يجز بيعه بمؤجل ممن هو عليه ولا من غيره لأنه يدخله فى بيعه ممن هو عليه فسخ دين فى دين ويدخله فى بيعه من غيره الكالئ بالكالئ وكلاهما يمنع صحة العقد وهل يجوز أن يسلم فيه رأس مال السلم ويسلم فى المسلم فيه ولا يجوز على غير ذلك وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى ص ﴿ مالك ومن سلف فى شئ من الحيوان الى أجل مسمى فوصفه وحلاه ونقد ثمنه فذلك جائز وهو لازم للبائع والمبتاع على ما وصفا وحليا ولم يزل ذلك من عمل الناس الجائز بينهم والذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا ﴾ ش وهذا كما قال رحمه الله ان السلف فى الحيوان بالحلية والصفة جائز لازم ويلزم المسلم اليه تلك الصفة عند انقضاء الاجل ويلزم المسلم قبضها فان كرهها واستغلاها فقد تقدم الاستدلال على صحة ذلك بما يغنى عن اعادته قال مالك وعلى هذا أهل العلم ببلدنا وانما يخالف فى ذلك أهل العراق

﴿ ما لا يجوز من بيع الحيوان ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم تنتج التى فى بطنها ﴾ ش قوله نهى عن بيع حبل الحبلة الحبل هو الحمل والحبلة الجنين فكأنه باعه الى أن ينقضى حمل الجنين الذى فى بطن الناقة بنتج ثم تحمل فيحل البيع بانقضاء حمله وذلك على ضربين أحدهما أن يكون الاجل يتقدر به والثانى أن يكون المبيع هو الجنين الثانى فأما الاول فلا يجوز لأن الاجل مقصود بالعقد فيجب أن يكون معلوما والذى يدخل الفساد فيه أمران أحدهما الجهالة به والثانى أن يكون بعيدا يدخله الغرر لبعده فأما الاول فعلى ما ذكرناه من البيع الى أن تنتج الناقة أو ينتج

قال مالك ومن سلف فى شئ من الحيوان الى أجل مسمى فوصفه وحلاه ونقد ثمنه فذلك جائز وهو لازم للبائع والمبتاع على ما وصفا وحليا ولم يزل ذلك من عمل الناس الجائز بينهم والذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا

﴿ ما لا يجوز من بيع الحيوان ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم تنتج التى فى بطنها

مافي بطنها أو الى قدوم فلان أو نزول المطر وغير ذلك مما يختلف اختلافا متباينا تختلف الاغراض باختلافه (مسئلة) وان كان الى أجل بعيد جدا فقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة يجوز شراء سلعة الى عشرين سنة وقال ابن القاسم في الموازية انه جوز ذلك الى عشر سنين وكرهه الى عشرين سنة قال ولا أفسخه الى ستين سنة أو تسعين سنة ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة والمضامين بيع ما في بطون اناث الابل والملاقيح بيع ما في ظهور الجمال ﴾ ش قوله لا ربا في الحيوان معناه والله أعلم لا يثبت فيه حكم تحريم التفاضل يدا بيد على ما يثبت في المدخر المقتات وانه يجوز في الحيوان من التفاضل ما لا يجوز في ذلك ولذلك يقال علة الربا عندنا في البر الاقتيات والادخار وعند الشافعي الطعم وعند أبي حنيفة الوزن والكيل فصارت لفظة الربا مقصورة على هذا الحكم بعرف استعمال الفقهاء

(فصل) وقوله رضي الله عنه وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وقال مالك رحمه الله المضامين ما في بطون اناث الابل والملاقيح ما في ظهور الفحول وقال غير مالك المضامين ما في ظهور الفحول والملاقيح ما في بطون الاناث والأول أظهر وأكثر ولا خلاف بين الفقهاء في الحكم انه لا يجوز أن يباع ما في بطن الناقة من جنين ولا ما في ظهر هذا الفحل بمعنى انه يحمله البائع على ناقته فاذا أنتجته كان للمشتري ومن ذلك أيضا أن يعطيه ثمنا على أن يحمل فحله على ناقة المشتري فهذا أيضا لا يجوز لما فيه من الغرر وعليه يتأول مالك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن عسيب الفحل وأما اذا استأجره على أن ينزيه على ناقته أكواما معدودة عددها يسير يمكن أن يتأتى منه في وقت أو أوقات متقاربة فلا بأس بذلك لان الفحل معلوم معين والأكوام معلومة فليس فيها شيء من الغرر ولا الجهالة ص ﴿ مالك لا ينبغي أن يشتري الرجل شيأ من الحيوان بعينه اذا كان غائبا عنه وان كان قد رآه ورضيه على أن ينقد ثمنه لا قريبا ولا بعيدا * قال مالك وانما يكره ذلك لان البائع ينتفع بالثمن ولا يدري هل توجد تلك السلعة على ما رآها المبتاع أم لا فلذلك كره ذلك ولا بأس به اذا كان مضمونا موصوفا ﴾ ش قوله ولا يشتري الحيوان الغائب المعين بالنقد قريبا ولا بعيدا هذه رواية الموطأ وروى عنه ابن عبد الحكم في الحيوان خاصة والذي روى عنه في غير الموطأ في المدونة وغيرها انه يجوز النقد فيما قرب دون ما بعد فعلى هذا الروايتان في القرب احداهما انه لا يجوز ذلك وهي رواية الموطأ ووجهه انه مبيع غائب ينقل ويحول فلا يجوز النقد فيه بشرط كالبعيد الغيبة والرواية الثانية انه يجوز ووجهها أن ما قرب يقل فيه الغرر لقرب امكان قبضه وان دخله نقص عرف وقت نقصه فكان ذلك كالحاضر لانه ليس من شرط صحة البيع أن يكون المبيع حاضر البيع بل قد يجوز ذلك والمبيع غائب في دار البائع ومخزنه (فرع) فاذا قلنا بالفرق بين القرب والبعد فقد روى ابن المواز عن مالك يجوز النقد فيما كان على البريد والبريدين ثم رجع فقال على اليوم ونحوه ويجوز على مسيرة اليوم واليومين وبه قال أشهب وابن القاسم وروى ابن القاسم عن مالك في الحيوان خاصة البريد والبريدين وروى ابن وهب عنه لا ينقد في الطعام يكون على نصف يوم حتى يقرب جدا (مسئلة) والبيع بالرؤية المتقدمة على وجهين أحدهما أن يقع على الاطلاق والثاني أن يشترط البائع ان المبيع على الصفة التي كان عليها حين رآه المبتاع فأما الأولى فانه لا يجوز ذلك الا في مدة لا يكاد المبيع يتغير فيها غالبا هذا قول ابن

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لا ربا في الحيوان وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة والمضامين بيع ما في بطون اناث الابل والملاقيح بيع ما في ظهور الجمال * قال مالك لا ينبغي أن يشتري أحد شيأ من الحيوان بعينه اذا كان غائبا عنه وان كان قد رآه ورضيه على أن ينقد ثمنه لا قريبا ولا بعيدا * قال مالك وانما كره ذلك لان البائع ينتفع بالثمن ولا يدري هل توجد تلك السلعة على ما رآها المبتاع أم لا فلذلك كره ذلك ولا بأس به اذا كان مضمونا موصوفا

القاسم وأما مالك رحمه الله فلم يفرق فى قوله وانما قال يجوز البيع برؤية متقدمة وهذا الذى قاله ابن القاسم لا يجب أن يعتبر به لان المبيع قد يتغير فى طول المدة عما عرفه عليه المبتاع فاذا كان هذا الغالب من حاله حمل عليه قال ابن القاسم فى المدونة ان تقادم تقادما يتغير فيه فالصفقة فاسدة ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) وان شرط البائع أنها على ما كانت عليه يوم الرؤية ففى المدونة ان العشرة أعوام مما تتغير فيها السلع فلا تباع الا بشرط انها على ما كانت عليه وذلك فيما يبقى على حاله فى مثل هذه المدة كالثياب ولا يمكن هذا فى الحيوان لان سنه يتغير وقال سحنون وليس الحولى كالرباعى والجذع كالقارح فبين انه يجوز فى مدة يمكن أن لا يتغير فيها وبذلك فارق الحولى الرباعى لانه أسرع استحالة وفارق الجذع القارح لانه أسرع استحالة منه وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن رأى عبدا منذ عشرين سنة ثم اشتراه على غير صفة فذلك جائز ولا ينقد وهو بيع على الصفة التى كان رأى فهذا ان كان أراد به أن العشرين سنة من قصار المدد فغير ظاهر لان هذه مدة يعلم انه تتغير فيها الأسنان غالبا وان كان أراد أن اطلاق العقد محمول على أنه بمنزلة من شرط انه على الصفة التى كان رآه عليها وهو ظاهر قوله فذلك خلاف ظاهر المدونة لقوله فى عشرة أعوام لا يجوز ذلك الا أن يشترط أنها على ما كانت عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وفى صحة بيع المبيع البعيد الغيبة على ما ذكرناه شرطان أحدهما أن لا يضرب لقبضه أجلا روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم ان ضرب لذلك أجلا لم يجز زاد محمد بن المواز قريبا ولا بعيدا ووجه ذلك ان أجل قبضه يفسد لانه متقدر بتقديرين أحدهما مسافة ما بين بلد البيع وبلد المبيع والثانى الأجل الذى يضربانه وذلك يمنع صحة العقد كما لو اكترى دابة من مصر الى الشام على أن يقطع ذلك فى مدة سمياها (مسئلة) والشرط الثانى أن لا يشترط المبتاع على البائع حمل المبيع الى بلد بعيد يستوفيه فيه منه وان كان موضع العقد فان شرط ذلك لم يجز قاله ابن القاسم فى العتبية وهذا على وجهين أحدهما أن يستوفى المبتاع المبيع حيث شرطا بينهما حمله والثانى أن يشترط قبضه فى موضعه ثم يكون على البائع حمله فأما الأول فهو الذى قلنا انه لا يجوز وقال محمد بن المواز وانما لم يجز من أجل الضمان ومعنى ذلك أنه تضمنه له البائع فى حمله الذى يختص بغرض المبتاع مع ما فى السفر من الغرر الا أن تكون المسافة اليسيرة التى لا غرر فيها غالبا (مسئلة) وأما الوجه الثانى فهو جائز لا يضمن البائع المبيع لما يختص بغرض المبتاع وانما يضمنه لمعنى يخصه وذلك ان الطعام مضمون على المكرى اذا غاب عليه وانفرد بحمله دون صاحبه وحكم هذا الضمان حكم ضمان المبيع قبل الاستيفاء وبذلك يختص هذا بنوع من الطعام والله أعلم وأحكم (مسئلة) فأما البعيد الغيبة فلا يخلو أن يكون مما ينقل ويحول كالثياب والأطعمة والعروض المنقولة أو مما لا ينقل كالأرض والدور والأصول الثابتة والأشجار فأما ما ينقل فلا يجوز النقد فيه زاد محمد بن المواز وان شرط الضمان على المبتاع لما فى ذلك من الغرر لانه لا يدرى ما آل اليه حاله منذ زال عن بائعه ولا يكاد أن ينتهى خبره فيعتبر وقت ضياعه وما يطرأ عليه من النقص والزيادة فان كان على غير النقد جاز لسلامة ذلك من الغرر (مسئلة) وأما الأصول الثابتة فيجوز ذلك فيها ابن القاسم على النقد وهو المشهور من مذهب مالك ومنع منه أشهب وجه القول الأول أنه انما منع مالك ذلك فى الحيوان والعروض لسرعة استحالتها فى أنفسها وامكان نقصها فاذا قبض البائع الثمن فلم يقبضه على ثقة انه له لجواز أن يكون المبيع قد هلك أو دخله نقص أو يدخله فى المستقبل فيجب عليه رد الثمن سلفا واذا كان ذلك

مما يتكرر فقد قبضه على انه ان قبض المبتاع المبيع فهو ثمنه وان لم يقبضه كان عنده سلفا يرده فلم يجز فيه اشتراط النقد وأما الأصول الثابتة فانها مأمونة لا يدخلها في الأغلب نقص ولا زيادة ولا تغير ولذلك كان ضمانها من المبتاع فالبائع انما يقبض الثمن على انه له في الأغلب كالمبيع الحاضر وان جاز أن يؤجل به عيب يوجب عليه رد الثمن لما كان يقل و يندر لم يؤثر في صحة العقد و وجه القول الثاني ان هذا معين بعيد الغيبة فلم يجز بيعه بشرط النقد كالحيوان

(فصل) وقوله وان كان قد رآه ورضيه يريد ان المبتاع البعيد الغيبة لا يجوز بيعه بشرط النقد وان كانت تقدمت رؤية المشتري له يريد أن للرؤية تأثيرا في بيع الأعيان الغائبة فلا يجوز عند مالك بيعها الا برؤية متقدمة أو صفة خلافا لأبي حنيفة في قوله ان ذلك جائز وللمبتاع خيار النظر والدليل على ما نقوله ان هذا مجهول الصفة عند المبتاع حال العقد فلم يجز بيع أصله اذا قال له بعتك ما في يدي (فرع) وهذا اذا كان على وجه البيع والمكايسة فأما اذا كان على وجه المعروف والمكارمة فان ذلك جائز و يلزم المولى دون المولي وذلك مثل أن يقول رجل ابتعت سلعة رخيصة فيقول له آخر ولنيها فيقول قد فعلت ثم يقول له هي دابة أو جارية أو ثوب ابتعته بكذا لان هذا العقد مبني على المكارمة فقد عرا عن الغرر لان المبتاع الذي جهل صفته لا يلزمه البيع والبائع الذي لزمه البيع عالم به ومكارم له (مسئلة) فأما بيع الغائب البعيد الغيبة بصفة البائع أو غيره فانه جائز فان كانت الصفة على ما وصفت لزم المبتاع والا كان له الخيار ومنع الشافعي بيع ما لم ير وسنذكره بعد هذا ان شاء الله (فرع) اذا ثبت جواز بيع الأعيان الغائبة فقد اختلف قول مالك في ضمانها قبل القبض فقال أولا هي من المبتاع الا أن يشترط ذلك على البائع وبه قال مطرف وابن وهب ثم رجع فقال هي من البائع الا أن يشترط ذلك على المبتاع وبه قال ابن القاسم وابن الماجشون وجه القول الأول انه لم يبق فيه حق توفية فكان من المبتاع كالحاضر و وجه القول الثاني انه ممنوع من النقد فيه مخافة تغيره فكان من البائع كالجارية المبيعة بالمواضعة (مسئلة) وأما ما يجوز فيه النقد من الرباع وغيرها فقد روى ابن المواز عن مالك انها من البائع قال وله قول آخر انها من المبتاع وعليه أصحابنا أجمع هذا كله فيما ليس فيه من توفية بعدد أو كيل أو وزن أو ذرع في أرض أو غيرها وما كان فيه حق توفية من ذلك فهو من ضمان البائع حتى يوفيه كالحاضر (فرع) واذا قلنا انه يجوز النقد في الرباع الغائبة اذا بيعت بوصف فانما يجوز ذلك فيما بيعت بوصف غير البائع فأما اذا بيعت بوصف البائع ففي العتبية لا يجوز ذلك و وجهه انه قد يزيد في الصفة لينتفع بالثمن الى وقت رؤية المشتري لها ولما كان هذا الشراء معتادا وكثر فيه الغرر منع من البيع بشرط النقد

(فصل) وقوله ولا بأس بذلك اذا كان مضمونا موصوفا يريد في السلم وهو أن يكون البيع في ذمة البائع بصفة معلومة الى أجل معلوم فان ذلك الغائب الذي يجوز فيه النقد حيوانا كان أو غيره

﴿ بيع الحيوان باللحم ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم ﴿ مالك عن داود بن الحصين أنه سمع سعيد بن المسيب يقول من ميسر أهل الجاهلية بيع الحيوان باللحم بالشاة والشاتين ﴿ مالك عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول نهى عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد فقلت لسعيد بن المسيب أرأيت رجلا اشترى

﴿ بيع الحيوان باللحم ﴾
﴿ حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم ﴿ وحدثني عن مالك عن داود بن الحصين أنه سمع سعيد بن المسيب يقول من ميسر أهل الجاهلية بيع الحيوان باللحم بالشاة والشاتين ﴿ وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب انه كان يقول نهى عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد فقلت لسعيد بن المسيب أرأيت رجلا اشترى

شارفا بعشر شياه فقال سعيد ان كان اشتراها لينحرها فلا خير في ذلك قال أبو الزناد وكل من أدركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل ينهون عن ذلك ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحيوان باللحم يقتضي تحريمه وابطال ما وقع منه وبه قال مالك والشافعي وجمهور الفقهاء وقد قال أبو الزناد ان كل من أدركت كان ينهى عن ذلك وأجاز أبو حنيفة بيع الحيوان باللحم والدليل على صحة ما نقوله حديث ابن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم وهذا الحديث وان كان مرسلا فقد وافقنا أبو حنيفة على القول بالمرسل ودليلنا من جهة القياس ان هذا جنس يجري فيه الربا والربا بيع الشيء بأصله الذي فيه منه فلم يجز ذلك كالزيت بالزيتون والشيرج بالسمسم (مسئلة) اذا قلنا انه لا يجوز بيع اللحم بالحيوان فانما ذلك في اللحم النيء وأما المطبوخ فروى ابن المواز ان أشهب كرهه وأجازه ابن القاسم وهو أحب الينا (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالحيوان على ثلاثة أجناس ذوات الأربع التي هي مباحة الأكل كلها جنس والطير كله جنس والحيتان كلها جنس وأما الجراد فروى عن مالك انها جنس رابع روى ذلك الشيخ أبو القاسم وروى عنه في المدونة أنه قال ليست بلحم وانما يمنع بيع اللحم بالحيوان من جنسه فلا يجوز بيع لحم ضأن ولا معز بشيء من الحيوان ذوات الأربع وحشيها وانسيها ويجوز بيع لحم ذوات الأربع بحي الطير وحي الطير بلحم الحيتان قال ابن القاسم ولم أر عند مالك تفسير حديث النبي صلى الله عليه وسلم في اللحم بالحيوان الا من صنف واحد لموضع المزابنة وذهب الشافعي الى انه لا يجوز بيع لحم الحيوان من جنسه ولا من غير جنسه من الطير وذوات الأربع والدليل على صحة ما نقوله ان ما يجري فيه الربا يعتبر فيه الجنس كالحبوب والأثمار (فرع) وهذا فيما كان أكله مباحا وأما ما حرم أكله فلا يمنع من ذلك لانه ليس مما يحل أكله فيقال ان فيه من جنس هذا اللحم وأما المكروه مما جرت العادة بأكله منع من بيعه بلحم جنسه كالهر والثعلب والضبع فهذا لا يجوز بيعها بلحم ذوات الاربع لانه مما جرت العادة للعرب بأكله مع انه لا منفعة فيها غير اللحم وأما الخيل والبغال والحمير فقد قال مالك لا باس بها باللحم نقدا أو الى أجل لان ذلك لم تجر العادة بأكله ولان منافعها المقصودة منها غير الاكل (مسئلة) واذا كان الحيوان مما لا يقتنى فحكمه حكم اللحم في بيعه بالحيوان مثل طير الماء الذي لا يدخر ولا يتخذ فانه لا يجوز بيعه بدجاج ولا أوز هذا مذهب ابن القاسم وأجاز ذلك أشهب وجه قول ابن القاسم انه حيوان لا يصلح اقتناؤه واتخاذه داجنا فلم يجز بيعه بالحيوان كالكسير الذي لا يحيا ووجه قول أشهب انه حيوان على الصفة التي يحيا ويتناسل عليها غالبا فجاز بيعه بحيوان من جنسه كالداجن (فرع) فاذا قلنا ان حكمه حكم اللحم فالحال التي يثبت له ذلك فقال محمد لا خير في بيع الشارف والكسير بالحي وقال مالك وليس كل شارف سواء وانما ذلك في الذي قد شارف الموت وقال في المدونة وما لا منفعة فيه الا اللحم وأما الشارف الذي يقبل ويدبر ويرجع فلا (فرع) وهل يكون ما يرجى فيه صوف حكمه حكم اللحم قال أشهب ليس التيس الخصي كاللحم بخلاف الشارف والكسير وقال ابن نافع وأصبغ في الموازية ان الكبش الخصي والتيس الخصي ليس حكمهما حكم اللحم يريد ان التيس الخصي والكبش الخصي يتخذان للسمن والزيادة في اللحم وحكمهما حكم الحي مع جنسه وقد قال ابن القاسم لا خير في لحم بشاة الى أجل اذا لم يكن فيها منفعة للبن ولا صوف وان استحييت للسمن قال أصبغ اذا كان مثلها يقتنى بالرعي للسمن فلا باس

شارفا بعشر شياه فقال سعيد ان كان اشتراها لينحرها فلا خير في ذلك قال أبو الزناد وكل من أدركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل ينهون

بذلك فيها وقد روى عن ابن القاسم لا يجوز ذلك فى الكبش الخصى لانه لا يقتنى للعجلة المقصودة وهى فى الذكور الفحلة وفى الاناث الدر والنسل جائز ووجه الرواية الثانية ان ماذكروه من الصوف والسمن منافع فى الحيوان لا يوجد فيه الا بعد حال حياته فاذا كانت فيه كان حكمه حكم الحى مع الحى وقال أشهب وأصبغ كانت فيه منافع أولم تكن فراعيا جواز حياته وامكان بقائه والله أعلم (مسئلة) واذا ثبت ذلك وقلنا ان حكم هذا الحيوان الذى لا يستحيا حكم اللحم فانه لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه وهل يجوز بيعه باللحم أم لا فاختلف فيه قول مالك فنع منه مرة وهو قوله فى المدونة وخففه أخرى فى كتاب محمد وغيره فوجه كراهيته تناول النهى عن بيع اللحم بالحيوان له لانه حى تعذر بقاؤه لان حكمه حكم اللحم فيتعذر التماثل بينه و بين اللحم الآخر ووجه تخفيفه انه لحم برى فجاز بلحم آخر من جنسه يدا بيد (فرع) واذا قلنا ان ذلك يجوز متماثلا فان التماثل يكون فيه بالتحرى لانه لا يوصل فيه الى معرفة التماثل الا بالتحرى وانما ينبنى ذلك على ثلاثة أصول أحدها جواز بيع هذا النوع من الحيوان باللحم والثانى جواز التحرى فى العوضين من جنس واحد مما يحرم فيه التفاضل والثالث صحة التحرى فى الحى وفى كل واحد من هذه الاصول الثلاثة الخلاف فى المذهب والله أعلم

﴿ بيع اللحم باللحم ﴾

﴿ بيع اللحم باللحم ﴾

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى لحم الابل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش انه لايشترى بعضه ببعض الا مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد ولا بأس به وان لم يوزن اذا تحرى أن يكون مثلا بمثل يدا بيد

اللحم الذى يعتبر فيه التساوى أو التفاضل هو اللحم على هيئته التى يستعمل عليها فى بيع وطبخ وغير ذلك مما يشتمل عليه من عظم وغيره مالم يكن العظم مضافا اليه وذلك كنوى التمر حكمه حكم التمر مالم يكن مضافا اليه والله أعلم (مسئلة) وأما الكرش والكبد والقلب والرئة والطحال والكليتان والحلقوم والشحم والخصيتان والرؤس والأكارع فلا يصلح شئ من ذلك باللحم الا مثلا بمثل قاله ابن القاسم فى المدونة قال وما علمت مالكا كره أكل الطحال ولا بأس به واذا ثبت ذلك من قوله فيجب أن يكون حكمه حكم اللحم أيضا والله أعلم ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى لحم الابل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش انه لايشترى بعضه ببعض الا مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد ولا بأس به وان لم يوزن اذا تحرى أن يكون مثلا بمثل يدا بيد ﴾ ش وهذا كما قال انه الأمر المجتمع عليه عند أهل المدينة ان لحم ذوات الأربع جنس يحرم فيه التفاضل ولحم الطير جنس آخر يحرم فيه التفاضل ويجوز التفاضل بينه و بين لحم ذوات الأربع ولحم الحيتان جنس ثالث يحرم فيه التفاضل ويجوز التفاضل بينه و بين الجنسين الاولين والأمر فى الجراد على ما تقدم من اختلاف قولى مالك أحدهما انه جنس رابع والثانى ليس بلحم وقد روى فى المختصر عن أشهب لا بأس بالجراد متفاضلا فاخرجه بذلك عن أن يكون مقتاتا أو مدخرا واذا جاز التفاضل فيه فان يجوز بينه و بين غيره أولى واختلف قول الشافعى فمرة قال كل جنس من الحيوان بلحمه جنس مخصوص يجوز التفاضل فيه بينه و بين لحم غيره من الحيوان وهو قول أبى حنيفة غير أن أبا حنيفة يجعل البخت والغراب جنسا واحدا والبقر والجواميس جنسا واحدا والضأن والماعز جنسا واحدا وقال الشافعى أيضا ان اللحوم كلها جنس واحد لحوم ذوات الأربع ولحوم الطير ولحوم الحيتان والدليل على ما نقوله ما قدمناه من مراعاة المنافع والاغراض واذا كان وجه استعماله مخالفا لوجه استعمال لحم الوحش وجب أن يكونا جنسين كلحم الحيتان ووجه آخر وهو انا قد فرقنا بين أصول الأقوات وجعلناها أجناسا

مختلفة لما اختلفت وجوه استعمالها فكذلك في مسئلتنا مثله وقد تقدم الكلام في نحو هذا فيجب أن تكون الابل والبقر والغنم جنسا واحدا التقارب وجوه استعمالها ولتشابه كل صورها فان لذلك تأثيرا في الجنس على ماقدمناه في أجناس الحبوب ويجب أن يكون لحم الطير مخالفا لذلك لمخالفتها في وجه الاستعمال ومنافاتها لها في الصورة ولذلك فرقنا بينها وبين الحيتان والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فما حكمناله من ذلك بالجنس الواحد حرم فيه التفاضل وماحكمناله بالجنسين جاز بينهما التفاضل واعتبار التماثل في اللحم وكل موزون من الخبز الوزن وهل يجوز ذلك بالتحري روى ابن القاسم عن مالك في العتبية وغيرها ان الخبز واللحم والبيض يجوز بيع بعضه ببعض تحريا دون كيل ولا وزن ولم يجز أبو حنيفة والشافعي التحري في ذلك والدليل على صحة مانقوله ان هذا مما تدعو الحاجة الى قسمته ومبادلته في السفر دون الحضر وحيث لاتوجد الموازين فجاز ذلك لضرورة عدمها مع الوصول بذلك الى التماثل قال القاضي أبو محمد من أصحابنا من أجازه على الاطلاق ومنهم من أجازه بشرط تعذر الموازين كالبوادي والاسفار وقال أبو حنيفة والشافعي لايجوز بوجه والدليل على مانقوله ان التحري في جهة لمعرفة الموزون كالوزن لمعرفة التماثل فأشبهت الوزن (فرع) وهذا في الموزون دون المكيل والمعدود وفي الواضحة عن مالك لايجوز فيه التفاضل من الطعام غير الادام لما يجوز قسمته تحريا وكذلك السمن والعسل والزيت وانما تقسم وزنا أو كيلا مثلا بمثل ووجه ذلك أن مالا يجوز التماثل فيه بالوزن فانه يجوز أن ينوب عنه فيه التحري لتعذر الموازين في كثير من الأوقات ومايجوز فيه الكيل والعدد فانه يجوز فيه التحري لامكان ذلك في المعدود على كل حال وفي المكيل وان كان بغير الكيل المعهود (فرع) قال ابن القاسم وانما يجوز ذلك اذا أمكن التحري فيه لقلته ولقربه من غيره فاما اذا تعذر التحري فيه لكثرته فلا يجوز ذلك وقد روى ابن حبيب عن مالك ان ذلك انما يجوز في قليل الخبز واللحم والبيض لان التحري يحيط به ولاخير في كثيره الابالوزن (فرع) وهل يجوز ذلك في شاة مذبوحة كشاة مذبوحة قال ابن القاسم في المدونة لايتأتى ذلك فيها الابالتحري فان كانتا بجلديهما فلا بأس بذلك ان كان يستطاع ذلك فيهما غير مسلوختين قال سحنون لايستطاع ذلك وقاله أصبغ ولم يعجب محمد بن المواز قول أصبغ وقد روى يحيى بن يحيى المنع من ذلك لانه لحم وجلد بلحم وجلد وهذا ليس بصحيح لان الجلد لحم يؤكل مسموطا كسرا معتادا ومنع ذلك قوم من أصحابنا لانه لحم مغيب وهذا ليس بصحيح أيضا اذا قلنا ان الجلد لحم ولو لم نقله لكان قدري ء بعضه في مذبحه فاذا جوزنا ذلك فكان يخرج منه ان هذا المقدار مما يجوز فيه التحري (فرع) وهل يجوز ذلك في الحي في الواضحة لايباع مالايقتنى من الوحش والطير بجزء من صنفه الاتحريا مثلا بمثل رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية في الجلد يجوز التحري في الحي وفي الموازية كره ابن القاسم مالايحيا من الطير باللحم تحريا قال أصبغ لانه حي بعد فيحتمل أن يريد به انه يدخله اللحم بالحيوان وهو الأظهر ويحتمل أن يريد به تعذر التحري في اللحم الحي ويحتمل ان يريد به تعذر التحري فيهما لاختلافهما بالحياة والموت وقد تقدم من قول مالك انه جوز بيع الشارف المكسور باللحم ولم يراع شيء من ذلك (فرع) واختلف قول مالك في منع المجفوف والنيء بالتحري ففي المدونة انه لايجوز اللحم النيء بالقديد وان تحرى فيه التماثل لانه لايبلغ التماثل فيه وقد ذكر انه أجازه ثم رجع وكذلك النيء بالمكمور وكذلك اللحم المشوي بالنيء فوجه الاباحة انه لحم فجاز فيه التحري مع اختلاف حاله أصل ذلك الحي والمذبوح ووجه المنع ان اختلاف

مايجب فيه التماثل بالجفوف والرطوبة يمنع التحري فيه كالعنب بالزبيب والرطب بالتمر ص ﴿ قال مالك ولا بأس بلحم الحيتان بلحم البقر والابل والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش كلها اثنين بواحد وأكثر من ذلك يدا بيد فان دخل ذلك الأجل فلا خير فيه * قال مالك وأرى لحوم الطير كلها مخالفة للحوم الأنعام والحيتان فلا أرى بأسا أن يشترى بعض ذلك ببعض متفاضلا يدا بيد ولا يباع شئ من ذلك الى أجل ﴾ ش وهذا على ماقال ان لحم الحيتان وان كان من غير جنس ذوات الأربع لما قلناه ويجوز بينهما التفاضل فانه لايجوز بينهما الأجل خلافا لأبي حنيفة والدليل على مانقوله ان كل شيئين جمعتهما علة واحدة في الربا فانه لايجوز بيع أحدهما بالآخر نسا كالذهب والورق (مسئلة) وهكذا حكم اللحم بالحيوان الذى حكمه حكم اللحم كالشارف والكسير لايجوز بيع أحدهما بالآخر من جنسه ولا بشئ من الطعام الى أجل رواه عيسى عن ابن القاسم ووجه ذلك انه اذا لم يكن فيه منفعة غير اللحم فان حكمه حكم اللحم وهو طعام فلا يجوز بطعام من جنسه ولا من غير جنسه الا يدا بيد وكان يجب على هذا أن لايجوز الحيوان بعضه ببعض اذا لم تكن فيه منفعة لغير اللحم الا يدا بيد من جنس واحد كانا أو من جنسين لكنه أثرت الحياة فيهما لما تساوى الغرضان فيها ما أثر التساوى في بيع الزيتون بالزيتون حبا وان لم يعلم أن مافيهما من الزيت متماثل ولا يجب بيع الزيتون بالزيت لانه يعلم أن مافي الزيتون من الزيت مساو للزيت المنفرد ولما أثر في ذلك التماثل جاز أن يؤثر في التقابض في المجلس

﴿ ماجاء في ثمن الكلب ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي مسعود الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن يعنى بمهر البغي ماتعطاه المرأة على الزنا وحلوان الكاهن رشوته ومايعطى على أن يتكاهن قال مالك أكره ثمن الكلب الضارى وغير الضارى لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب يحتمل أن يريد به ثمن الكلب المنهى عن اتخاذه فيتناول نهيه البائع عن أخذ ثمنه والانتفاع به وهذا يمنع نفعه وأما الكلب المباح اتخاذه وهو كلب الماشية والحرث والصيد فاختلف فيه قول مالك فيتأول بعض أصحابه انه يجوز بيعه وقال سحنون يجوز أن يحج بثمنه وقاله ابن كنانة وبه قال أبو حنيفة وروى عنه ابن القاسم انه كره بيعه وهى رواية الموطأ وجه القول الاول مارواه أبو صالح وابن سيرين عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتنى كلبا فانه ينقص من عمله كل يوم قيراط الا كلب غنم أو حرث أو صيد فأباح اتخاذ مااستثنى منها واذا أباح اتخاذه جاز بيعه كسائر الحيوان ووجه الرواية الثانية الحديث المتقدم انه صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب وهذا عام فيحمل على عمومه (فرع) فاذا قلنا بالمنع من بيع الكلب الضارى فقد قال القاضى أبو محمد ان أصحابنا اختلفوا في ذلك فمنهم من قال هذا مكروه ويصح ومنهم من قال لايجوز وبه قال الشافعي فمن قتله على الوجهين فعليه لصاحبه قيمته عند مالك وقال الشافعي لاقيمة عليه والدليل على مانقوله ان هذا حيوان أبيح الانتفاع به فاذا لم يجز بيعه كان على مستهلكه قيمته كأم الولد

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وعن مهر البغي يريد ماتعطاه الزانية من استباحتها وحلوان الكاهن وهو مايعطاه الكاهن لتكهنه لانه أكل المال بالباطل ولان التكهن محرم وماحرم

* قال مالك ولا بأس بلحم الحيتان بلحم الابل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش كلها اثنين بواحد وأكثر من ذلك يدا بيد فان دخل ذلك الأجل فلا خير فيه * قال مالك وأرى لحوم الطير كلها مخالفة للحوم الأنعام والحيتان فلا أرى باسا بأن يشترى بعض ذلك ببعض متفاضلا يدا بيد ولا يباع شئ من ذلك الى أجل

﴿ ماجاء في ثمن الكلب ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي مسعود الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن يعنى بمهر البغي ماتعطاه المرأة على الزنا وحلوان الكاهن رشوته ومايعطى على أن يتكاهن * قال مالك اكره ثمن الكلب الضارى وغير الضارى لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب

في نفسه حرم عوضه كالخمر والخنزير

﴿ السلف وبيع العروض بعضها ببعض ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف * قال مالك وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فان عقدا بيعهما على هذا الوجه فهو غير جائز فان ترك الذي اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزا ﴾ ش ما روى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف لا نعلم له اسنادا صحيحا وأشبهها ما روى أيوب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل بيع وسلف وأجمع الفقهاء على المنع من ذلك وتلقى الأمة له بالقبول والعمل به يدل على صحة معناه وذلك يقوم له مقام الاسناد ووجه ذلك من جهة المعنى ان الغرض أنه ليس من عقود المعاوضة وانما هو من عقود البر والمكارمة فلا يصح أن يكون له عوض فان قارن فقد فرض عقد معاوضة وكان له حصة من العوض فيخرج من مقتضاه فبطل وبطل ما قارنه من عقود المعاوضة ووجه آخر وهو انه ان كان غير موقت فهو غير لازم للقرض ومانفاذه غير لازم للقرض وان كان غير موقت فهو غير لازم للقرض والبيع وما أشبهه من العقود اللازمة كالاجارة والنكاح لا يجوز أن يقارنها عقد غير لازم لتنافي حكمهما

(فصل) قال مالك وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل بعني ثوبا بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فان عقدا بيعهما على هذا فهو غير جائز فان أدركت السلعة قبل أن يقبضها المبتاع أو بعد ما قبضها وقبل أن تفوت عنده وقد غاب البائع على الثمن فان البيع ينقض وترد السلعة قاله ابن حبيب وسحنون ويجب أن يرد البيع والسلف جميعا وذلك أن مغيب البائع على الثمن يتم به فساد العقد لانه قد وجد بذلك السلف الذي أفسد العقد ومالم يقبضه لم يوجد المعنى المفسد للعقد (مسئلة) فان فاتت السلعة عند المشتري ولم يقبض السلف وكان مشترط السلف هو المبتاع فعليه الأقل من القيمة أو الثمن وان كان مشترطه البائع فله الأكثر من القيمة أو الثمن قاله ابن حبيب وسحنون ووجه ذلك أن مشترط السلف حجته أن يقول لولا ما اشترطته من السلف ما رضيت بذلك الثمن وقال أصبغ في غير كتاب ابن حبيب ان اشترط البائع السلف فله القيمة مالم يجاوز الثمن والسلف وان اشترط المبتاع السلف فعليه الأقل ما بلغ (مسئلة) ولو كانت السلعة عند البائع أو بيد المبتاع قائمة ولم يغب المقترض على القرض فالمشهور من مذهب مالك أن مشترط القرض ان تركه صح البيع وحكى الشيخ أبو بكر أن بعض المدنيين روى عن مالك انه لا يصح البيع وان ترك القرض قال وهو القياس وبه قال أبو حنيفة والشافعي قال الشيخ أبو بكر ووجهه ان البيع قد فسد عقده باشتراط السلف كالبيع في الخمر والخنزير وقد فرق بينهما القاضي أبو اسحاق بان من باع من رجل ثوبا بدرهم وخمرا وخنزيرا فقال أنا أدع الخمر ان البيع مفسوخ عند مالك قال لان مشترط السلف مخير في أخذه وتركه ومشترط الخمر غير مخير يوازن مسئلة السلف أن يقول أبيعك الثوب بمائة دينار على ان شئت أن تزيدني زق خمر زدتني وان شئت تركته ثم ترك زق خمر جاز البيع ولو أخذه فسد البيع والذي قال القاضي أبو اسحاق كلام صحيح وذلك ان القرض مبني على انه متعلق باختيار المقترض والمبيع ليس معلقا على اختياره بل يلزم مشتريه قبضه ويجبر على ذلك وقد أنكر هذا القول عليه بعض من رأى قوله ولم يفهمه ص ﴿ قال مالك ولا بأس أن يشتري الثوب من الكتان

﴿ السلف وبيع العروض بعضها ببعض ﴾

* حدثني يحيى عن مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف * قال مالك وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فان عقدا بيعهما على هذا الوجه فهو غير جائز فان ترك الذي اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزا * قال مالك ولا بأس أن يشتري الثوب من الكتان

أوالشطوى أوالقصبي بالأثواب من الاتريبي أوالقسي أوالزيقة أوالثوب الهروى أوالمروى بالملاحف اليمانية والشقائق وماأشبه ذلك الواحد بالاثنين أو الثلاثة يدابيد أوالى أجل وان كان من صنف واحد فان دخل ذلك نسيئة فلاخيرفيه * قال مالك ولايصلح حتى يختلف فيبين اختلافه فاذا أشبه بعض ذلك بعضا وان اختلفت أسماؤه فلايأخذ منه اثنين بواحد الى أجل وذلك أن يأخذ الثوبين من الهروى بالثوب من المروى أوالقوهى الى أجل أو يأخذ الثوبين من الفرقبي بالثوب من الشطوى فاذا كانت هذه الأجناس على هذه الصفة فلايشترى منها اثنان بواحد الى أجل قال مالك ولا بأس أن تبيع مااشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير صاحبه الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه ﴾ش قوله لا بأس بالثوب من الكتان من الشطوى أوالقصبي بالاثواب من الاتريبي أوالقسي أوالزيقة يريد أن رقيق الكتان وهى الشطوية وماأشبهها من القصبي والفرقبي والقسي لابأس به بغليظ ثياب الكتان وهى الاتريبي وماأشبهه من القسي والزيقة والمريسية الى أجل وأصل ذلك ان مااختلف فى جنسه من الثياب يجوز بيعه بماخالفه فى جنسه الى أجل لايجوز ذلك فيما كان من جنسه وانما يختلف جنسها بالرقة والغلظ لانها المنفعة المقصودة منها وكذلك القطن رقيقه وهو المروى والهروى والقوهى والعدنى جنس مخالف لغليظه وهى الشقائق والملاحف اليمانية الغلاظ ذكر ذلك كله ابن القاسم فى المدونة وغيرها وفى الواضحة أن ثياب القطن صنف وان اختلفت جودتها وأثمانها و بلدانها وكانت هذه عمائم وهذه أردية وشقق لتقارب منافعها قال الاما كان من وشى القطن والصنعانى والسعيدى والعصب والحبر والمشطب والمسير وشبهه ولابأس به فبياض ثياب القطن متفاضلا الى أجل وما اختلف أيضا فى الرداءة والجودة والغلظ والرقة فتباين وتباعد فى نفعه وجماله فانهما صنفان يجوز فيهما التفاضل الى أجل فجعل اختلاف الجنس بمعنيين بالصبغ على الوجه الذى ذكروه بالرقة والغلظ ولم يذكر الاختلاف بالصبغ وانما ذكره بالرقة والغلظ لان ثياب الكتان لم تكن هناك تستعمل على هذا الوجه وأما ثياب الحرير فصنف وان اختلفت أثمانها وجودتها وصنعتها من أردية وأخمرة وغيرها وكذلك ثياب الخز وثياب الشقيق الاثياب وشى الحرير فلابأس بها بثياب بياض الحرير واحد باثنين الى أجل فجعل الصنف فى الحرير يختلف بالصبغ والبياض ولم يذكر اختلافه بالرقة والغلظ وثياب الحرير صنف الا أن يختلف فى الغلظ والرقة وثياب الصوف والمرعزاء كلها صنف وان اختلفت البلدان والثمن فلايجوز كساء مرعز بكساءين من الصوف الى أجل ولا بالجباب ولا مساسارى بمصريين حتى تختلف أنواع صنفها مثل الطيقان الطرازية بالجبب المرعزية ومثل القطن بالبسط فيجوز متفاضلا الى أجل وكذلك ثياب تتباين فى الرقة فيجوز ذلك فيها (مسئلة) فماصنف فى خلافه مثل ثوب قطن فى ثياب كتان أوصوف أو وشى أوحرير أوخز واحد باثنين الى أجل فلابأس به وان تساوت فى الجمال والرقة لاختلاف أصوله قال ذلك كله ابن حبيب فى واضحته وقد غلط فى ذلك بعض من فسر الموطأ فتأول عليه انه جعل الكتان والقطن صنفا واحدا وليس فى اللفظ مايقتضى ذلك والله أعلم وقد قال فضل فى مختصر المدونة ابن القاسم يجعل ثياب القطن صنفا وثياب الكتان صنفا آخر وأشهب يجعلها صنفا واحدا

(فصل) وقوله ولايصلح حتى يختلف فيبين اختلافه يريد مماتقدم من الجنس بالرقة والغلظ وفى بعضها بالصبغ على الوجه المذكور وأما اذا أشبه بعض ذلك بعضا وان اختلفت أسماؤه فلايجوز فيه التفاضل مع الأجل يريد مثل قولنا العدنى والمروى والهروى فانه قد اختلفت أسماء ذلك ولا يجوز فيها

أو الشطوى أو القصبي بالأثواب من الاتريبي أو القسي أوالزيقة أوالثوب الهروى أو المروى بالملاحف اليمانية والشقائق وما أشبه ذلك الواحد بالاثنين أو الثلاثة يدا بيد أوالى أجل وان كان من صنف واحد فان دخل ذلك نسيئة فلاخير فيه * قال مالك ولايصلح حتى يختلف فيبين اختلافه فاذا أشبه بعض ذلك بعضا وان اختلفت أسماؤه فلا يأخذ منه اثنين بواحد الى أجل وذلك أن يأخذ الثوبين من الهروى بالثوب من المروى أو القوهى الى أجل أو يأخذ الثوبين من الفرقبي بالثوب من الشطوى فاذا كانت هذه الاجناس على هذه الصفة فلايشترى منها اثنان بواحد الى أجل * قال مالك ولا بأس أن تبيع مااشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير صاحبه الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه

التفاضل مع الأجل لتقارب المنفعة التي في معنى الجنس ومذهب أبي حنيفة يقرب من مذهب مالك في ذلك وهو قول النخعي وجوز الشافعي التفاضل مع التساوي في الصنف الواحد وهو قول سعيد ابن المسيب قال أبو الزناد خالف الناس كلهم سعيد بن المسيب في قوله لا بأس بقبطية بقبطيتين من صنف واحد الى أجل وقد تقدم بيان ذلك فيما تقدم من ذكر الحيوان وقال عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الشطوى ما عمل بشطا وهو من الكتان والاتريبي ما عمل بقرية من قرى مصر يقال لها اتريب والقسي بالقس كورة من كور مصر والزيقة ما عمل بصعيد مصر وهي ثياب غليظة واليمانية ما كان من هذه البرود والصنعاني كله والشقائق من الأبراد الصفاق الضيقة

السلفة في العروض

ص مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه قال سمعت عبد الله بن عباس ورجل يسأله عن رجل سلف في سبائب فأراد بيعها قبل أن يقبضها فقال ابن عباس تلك الورق بالورق وكره ذلك * قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم انه أراد أن يبيعها من صاحبها الذي اشتراها منه بأكثر من الثمن الذي ابتاعها به ولو انه باعها من غير الذي اشتراها منه لم يكن بذلك بأس * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن سلف في رقيق أو ماشية أو عروض فاذا كان كل شيء من ذلك موصوفا فسلف فيه الى أجل فحل الأجل فان المشتري لا يبيع شيأ من ذلك من الذي اشتراه منه بأكثر من الثمن الذي سلفه فيه قبل أن يقبض ما سلفه فيه وذلك انه اذا فعله فهو الربا صار المشتري ان أعطى الذي باعه دنانير أو دراهم فانتفع بها فلما حلت عليه السلعة ولم يقبضها المشتري باعها من صاحبها بأكثر مما سلفه فيها فصار أن رد اليه ما سلفه وزاده من عنده ش قوله عن رجل سلف في سبائب قال مالك السبائب غلائل ثمانية فقال ابن عباس فيمن باعها قبل أن يقبضها ذلك الورق بالورق وكره ذلك وقال مالك ان معنى ذلك انه أراد أن يبيعها من بائعها منه بأكثر من الثمن الذي دفع اليه فيها فيدخله الورق بالورق متفاضلا ويحتمل قول مالك هذا أن يريد بيان مذهب ابن عباس ويحتمل أن يريد به ما يحتمله اللفظ المروي في ذلك مما هو الصواب عنده وقد قال عيسى سألت ابن القاسم عن ربح ما لم يضمن فقال ذكر مالك انه بيع الطعام قبل أن يستوفى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى فربحه حرام قال وأما غير الطعام العروض والحيوان والثياب فان ربحه حلال لا بأس به لان بيعه قبل استيفائه حلال ومن كتاب محمد أن من ربح ما لم يضمن أن يبيع لرجل شيأ بغير أمره ثم يبتاعه منه وهو لا يعلم بيعك بأقل من الثمن وكذلك بيعك ما ابتعت بالخيار لا تبعه حتى تعلم البائع ويشهد انك رضيته فان لم تعلمه فربحه للبائع وان قلت بعت بعد ان اخترت صدقت مع يمينك وكذلك الربح (مسئلة) وأما ما خلا المطعوم فانه يجوز بيعه من بائعه ومن غيره قبل قبضه سواء كان فيه حق توفية من عدد أو كيل أو لم يكن فيه حق توفية كالثوب المعين وقال أبو حنيفة كل ما ينقل ويحول فانه لا يجوز بيعه قبل استيفائه وكل ما لا ينقل ولا يحول من الدور والأرضين وما أشبهها فانه يجوز بيعها قبل استيفائها وقال الشافعي لا يجوز بيع شيء من ذلك قبل استيفائه وتعلق شيوخنا في ذلك بان المطعوم بالناس حاجة اليه فكان الاحتياط فيه واجبا * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انه كان المستعمل في البيع قبل استيفائه المسبب به الى الدرهم بالدرهم حين ورود النهي فاختص الحكم بذلك والله أعلم والدليل على ذلك قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وهذا

السلفة في العروض

* حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه قال سمعت عبد الله بن عباس ورجل يسأله عن رجل سلف في سبائب فأراد بيعها قبل أن يقبضها فقال ابن عباس تلك الورف بالورق وكره ذلك * قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم انه أراد أن يبيعها من صاحبها الذي اشتراها منه بأكثر من الثمن الذي ابتاعها به ولو انه باعها من غير الذي اشتراها منه لم يكن بذلك بأس * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن سلف في رقيق أو ماشية أو عروض فاذا كان كل شيء من ذلك موصوفا فسلف فيه الى أجل فحل الأجل فان المشتري لا يبيع شيأ من ذلك من الذي اشتراه منه بأكثر من الثمن الذي سلفه فيه قبل أن يقبض ما سلفه فيه وذلك انه اذا فعله فهو الربا صار المشتري ان أعطى الذي باعه دنانير أو دراهم فانتفع بها فلما حلت عليه السلعة ولم يقبضها المشتري باعها من صاحبها بأكثر مما سلفه فيها فصار أن رد اليه ما سلفه وزاده من عنده

* قال مالك من سلف ذهبا أو ورقا فى حيوان أو عروض اذا كان موصوفا الى

أجل يسمى ثم حل الأجل فانه لا بأس أن يبيع المشترى تلك السلعة من البائع قبل أن يحل الأجل أو بعد ما يحل بعرض من العروض يعجله ولا يؤخره بالغا مابلغ ذلك العرض الا الطعام فانه لايحل أن يبيعه قبل أن يقبضه وللمشترى أن يبيع تلك السلعة من غير صاحبه الذى ابتاعها منه بذهب أو ورق أو عرض من العروض يقبض ذلك ولا يؤخره لأنه اذا أخر ذلك قبح ودخله ما يكره من الكالئ بالكالئ والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل دينا له على رجل بدين على رجل آخر * قال مالك ومن سلف فى سلعة الى أجل وتلك السلعة مما لا يؤكل ولا يشرب فان المشترى يبيعها ممن شاء بنقد أو عرض قبل أن يستوفيها من غير صاحبها الذى اشتراها منه ولا ينبغى له أن يبيعها من الذى ابتاعها منه الا بعرض يقبضه ولا يؤخره * قال مالك وان كانت السلعة لم تحل فلا بأس بان يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه يقبضه ولا يؤخره

عام فحمل على عمومه ودليلنا على أبى حنيفة ان هذا ليس بمطعوم فجاز بيعه قبل قبضه كمنافع الاعيان فى الاجارات ودليل آخر انه ازالة ملك فجاز قبل القبض كالعتق (مسئلة) وقول مالك وهو الأمر عندنا فيمن سلف فى رقيق أو عروض فان المشترى لايبيع شيأ من ذلك من الذى عليه با كثر من الثمن الذى سلف فيه قبل أن يقبضه منه يريد مادام فى ذمته وقبل استيفائه منه لانه يكون حينئذ قد دفع اليه دينارا وأخذ منه به دينارين وأما ان باعه منه بمثل الثمن الذى اشتراه به منه أو أقل من ذلك فانه لابأس به لانه فى بيعه بمثله يعود الى معنى القرض فاذا باعه باقل من الثمن بعد عن التهمة لان مثل هذا لايفعل لايقصد أحد أن يسلف دينارين فى دينار واحد (مسئلة) ويجوز أن يبيعه منه بغير العين بكل ما يجوز أن يسلم فى المسلف فيه قال فى المدونة ان كانت ثيابا قرقبية فلا باس أن يبيعها قبل الاجل بثياب قطن مروية أو هروية أو حيوان فجعل القرقبية وهى من رقيق الكتان من غير جنس ثياب القطن الرقيقة لاختلافها فى جنس الأصل وسيتم بعد هذا الكلام فى هذه المسئلة ان شاء الله تعالى ص ﴿ قال مالك من سلف ذهبا أو ورقا فى حيوان أو عروض اذا كان موصوفا الى أجل يسمى ثم حل الأجل فانه لا بأس أن يبيع المشترى تلك السلعة من البائع قبل أن يحل الأجل أو بعد ما يحل بعرض من العروض يعجله ولا يؤخره بالغا مابلغ ذلك العرض الا الطعام فانه لايحل أن يبيعه قبل أن يقبضه وللمشترى أن يبيع تلك السلعة من غير صاحبه الذى ابتاعها منه بذهب أو ورق أو عرض من العروض يقبض ذلك ولا يؤخره لانه اذا أخر ذلك قبح ودخله ما يكره من الكالئ بالكالئ والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل دينا له على رجل بدين على رجل آخر * قال مالك ومن سلف فى سلعة الى أجل وتلك السلعة مما لا يؤكل ولا يشرب فان المشترى يبيعها ممن شاء بنقد أو عرض قبل أن يستوفيها من غير صاحبها الذى اشتراها منه ولا ينبغى له أن يبيعها من الذى ابتاعها منه الا بعرض يقبضه ولا يؤخره قال مالك وان كانت السلعة لم تحل فلا بأس بأن يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه يقبضه ولا يؤخره ﴾ ش قوله من سلف ذهبا أو ورقا فى حيوان فلا بأس أن يبيعه من البائع قبل الأجل و بعده بعرض يعجله ولا يؤخره على ماتقدم وذلك أنه على ثلاثة أحوال أحدها أن يبيعها منه قبل أن يفترقا من مجلس السلم والثانى بعد أن يفترقا وقبل حلول أجل السلم والثالث بعد حلول أجل السلم فاما قبل التفرق فقد قال أشهب فى المجموعة من أسلم فى غير الطعام عينا أو طعاما أو عرضا لايعرف بعينه أو مما يعرف ثم باعه من البائع قبل التفرق جاز أن يبيعه منه بما شاء وان نقده دنانير وأخذ دراهم أو أخذ دنانير أكثر من دنانيره ولا يجوز ذلك بعد التفرق * وقال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى ذلك عندى أن يأخذ من جنس دنانيره أكثر فيعلم انه لم يقصد اعطاء دينار بدينارين فيصح لبعد التهمة فى البيع الاول والثانى وهذا على مذهب أشهب وأما على قول ابن القاسم فلا يجوز أن يأخذ منه أكثر من ذهبه (مسئلة) فان كان بعد التفرق وقبل الاجل فانه لايجوز الا بما يجوز أن يسلم فى الحيوان المسلم فيه ويجوز أن يسلم فيه رأس المال فيتحذر من الأمرين وأما بعد الأجل فانما يراعى معنى واحد وهو أن يكون رأس مال السلم لا يجوز أن يسلم فيما باعه به وان كان ماباعه به لايجوز أن يسلم فيما باعه لان حكمه حكم التناجز لانه يأخذ ماباع به نقدا لايجوز فيه التأخير ومافى ذمة المسلم اليه بمنزلة النقد فلا يفسد ذلك من هذا الوجه الا ما يفسد بيع النقد وانما يراعى ذلك فى رأس مال السلم وماقبضه ثمنا للمسلم فيه لما بينهما من التأخير والله أعلم (مسئلة) ومن شرط صحة هذا البيع القبض قبل التفرق أو ماهو فى حكم ذلك لانه يدخله قبل الاجل و بعده فسخ دين فى دين وذلك ممنوع

باتفاق (مسئلة) فان كان ماياأخذ مما يمكن قبضه لوقته كالثوب فلا يجوز أن يؤخره به الا مثل ذهابه الى البيت واما أن يفارقه ويطلبه فلا يجوز ذلك لانه يدخله فسخ دين فى دين ووجه ذلك انه كان له عليه حيوان مضمون فى ذمته فنقله الى ثوب مضمون فى ذمته (فرع) وان تفرقا قبل القبض فسخ البيع ان عملا على ذلك أو كانا من أهل العينة فان لم يكونا كذلك فليلح عليه حتى يأخذ منه حقه قاله أشهب فى كتاب محمد (مسئلة) اذا ثبت أن تعجيل القبض من شرط هذا العقد فان كان الثمن طعاما أو غيره فلا يجوز أن يؤخره به الا قدر ما يأتى فى مثله بحمال يحمله قاله ابن القاسم وأشهب وكذلك لو كان مما يكال فيه الأيام والشهر لم يكن بذلك بأس اذا شرع فيه لان هذه صفة القبض المعجل ولا يمكن أكثر من ذلك (مسئلة) واذا أخذ من دينه سكنى دار أو زراعة أرض مأمونة أو عملا يعمله له فقد منع ذلك ابن القاسم وجوزه أشهب وكلاهما روى قوله عن مالك وجه القول الأول ان ذمة الذى عليه الدين قد تعلقت به على الصفة التى هو عليها فاذا عارض منه سكنى دار لم تبرأ ذمته من الدين الا باستيفاء مدة السكنى فانتقلت ذمته عما كانت عليه الا أن يكون حالها مترقبا ان استوفيت مدة السكنى برئت وان منع من ذلك مانع رجع عليها بقية الدين فصارت مشغولة على غير الوجه الذى كانت عليه مشغولة وذلك من فسخ الدين بالدين لان معنى فسخ الدين فى الدين أن يشغل الذمة على غير ما كانت عليه مشغولة به ولذلك قالا لا يجوز أن يأخذ بدينه ثمرة قد بدا اصلاحها و يتأخر جذاذها ووجه قول أشهب ما احتج به من أن قبضه لرقبة الدار بمنزلة قبضه لمنافعها والله أعلم (مسئلة) ومن أسلم الى رجل فى ثوب ثم زاده على أن يزيده فى طوله فلا بأس بذلك الى الأجل الأول لانه سلم بعد سلم وسواء كان المسلم اليه حائكا أو غيره قاله مالك فان زاده على أن يزيده فى الصفاقة والطول فى كتاب محمد لا يجوز ذلك لانه قد نقله الى صفة أخرى فاشترى الصفة الثانية بالاولى والزيادة وان زاده على أن يزيده فى العرض

(فصل) وقوله وللمشترى أن يبيع تلك السلعة من غير البائع بما شاء من ذهب أو ورق أو عرض فى هذا فصلان أحدهما فى مراعاة ماسلم من رأس المال والثانى فى مراعاة ما باع من المسلم فيه فأما رأس المال فلا يراعى مع بائع أجنبى فيجوز أن يسلم دنانير و يبيع بورق أو غير ذلك لانه لا يراعى فى البيع من زيد ما ابتيع من عمرو كبيع النقد وأما المسلم فيه فانه يجب أن يكون ما باع به مما لا يجوز أن يسلم فى المبيع المسلم فيه والا دخله الفساد لان ما يأخذه من الثمن عوض لما يبيع من المسلم فيه و يدخل بيعهما التأخير فيفسد ذلك ما يفسد السلم

(فصل)وقوله يقبض ذلك ولا يؤخره لانه اذا أخره قبح ودخله الكالئ بالكالئ معنى ذلك انه اذا أخر المسلم المبتاع منه بثمن ما باعه منه من المسلم فيه دخله الكالئ بالكالئ لأنه باع ما هو كالئ على المبتاع منه وتبقى الذمتان مشتغلتين بالعوضين وذلك فاسد كما لو تأجل العوضان على البائع والمشترى وهذه البياعات غير جائزة عند أبى حنيفة والشافعى لأنه لا يجوز عندهما بيع ما ينقل و يحول قبل قبضه

(فصل) وقوله والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل دينا على رجل بدين له على رجل آخر يريد ما ذكرناه من ان يبيع دينا له على رجل من رجل آخر بعرض يؤخره عليه وانما عنى بذلك أن هذا من جملة الكالئ بالكالئ لأن هذا هو جميع ما يقع عليه الاسم بل بيع ثوب الى أجل بحيوان على بائعه الى أجل أدخل فى باب الكالئ بالكالئ والله أعلم (مسئلة) فاذا بعت دينك على

رجل بثمن على غيره لم يجز تأخيره أيضا الا اليوم واليومين فقط وفي كتاب محمد ومن وليته طعاما أو عرضا في ذمة رجل فلا يجوز أن يؤخره بالثمن يوما ولا أقل منه وهو كالصرف قال محمد وأما في الطعام أوفيما باعه من صاحبه فكما قال فأما غير الطعام يبيعه ممن هو عليه فيجوز أن يؤخره بالثمن اليوم واليومين * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندي أن الدين بالدين معفو عن يسيره ولذلك يتأخر رأس مال السلم هذا المقدار ويحتاط في الطعام للمنع من بيعه قبل استيفائه وأما فسخ الدين في الدين فلا يعفى منه عن شئ ولذلك افترقا والله أعلم ص * قال مالك فيمن سلف دنانير أو دراهم في أربعة أثواب موصوفة الى أجل فلما حل الأجل تقاضى صاحبها فلم يجدها عنده ووجد عنده ثيابا دونها من صنفها فقال له الذي عليه الاثواب أعطيك بها ثمانية أثواب من ثيابي هذه أنه لا بأس بذلك اذا أخذ تلك الاثواب التي يعطيه قبل أن يفترقا * قال مالك فان دخل ذلك الاجل فانه لا يصلح وان كان ذلك قبل محل الاجل فانه لا يصلح أيضا الا أن يبيعه ثيابا ليست من صنف الثياب التي سلفه فيها * ش قوله من سلف في أربعة أثواب موصوفة فلا بأس أن يأخذ منه عند الاجل ثمانية أثواب من جنسها أدون منها يقتضي أن رقيق الكتان جنس واحد وان اختلفت أثمانه حتى يكون للثوب منه ثمن الثوبين والاكثر لكنه من جملة الرقيق كما ان غليظه جنس مخالف لرقيقه وان اختلفت أثمانه وتفاوتت ولو اختلفت أجناسه باختلاف أثمانه لكان من الكتان أجناس كثيرة وكذلك حكم سائر أنواع الثياب من القطن والصوف والخز والحرير وغير ذلك والله أعلم

(فرع) اذا ثبت ذلك فانه لا يجوز أن يأخذ منه قبل الاجل أدون من ثيابه ولا أفضل لما قدمناه من أنه لا يسلم الجنس من الثياب في جنسه ولأنه يدخله في أخذه الادون ضع وتعجل ويدخله في أخذه الافضل حط عني الضمان وأزيدك (فرع) وهذا في البيع فأما القرض والمؤجل فلا يجوز أن يأخذ منه قبل الاجل أدنى لأنه ضع وتعجل وأما أن يأخذ منه قبل الاجل أفضل فجوزه ابن القاسم ومنعه أشهب قال ابن القاسم لأن له تعجيل القرض قبل الاجل فلا حاجة به الى أن يحط عنه الضمان بزيادة لأنه قادر على أن يحطه بغير زيادة ومذهب أشهب أنه ليس له تعجيله الا باختيار المقرض فلذلك منع منه (مسئلة) واذا حل الاجل جاز أن يأخذ منه أفضل من ثيابه وأدنى وأكثر عددا فان أعطاه أفضل من ثيابه ودرهما أو دينارا فقد قال مالك لا يجوز ذلك ومعناه اذا كان رأس المال عينا لأنه اذا أخذ منه عينا من جنس رأس المال فقد آل أمرهما الى عين مؤجل بعرض وعين من جنسه مؤجل (مسئلة) ولو كانت الزيادة عرضا جاز ذلك وكذلك لو كان رأس مال السلم عرضا يجوز أن يسلم في العرض المسلم فيه وأعطاه عند الاجل أدون من عرضه المسلم فيه وبعيرا أو درهما لجاز لانه يؤل الى حيوان وثياب ودرهم الى أجل وذلك جائز (مسئلة) ولو كان رأس السلم عينا فأخذ المسلم عند الاجل أفضل من ثيابه وزاد عينا من جنس رأس المال لجاز ذلك لانه وان كان فيه عين معجل وعين مؤجل بعرض معجل فان العين المؤجل لما كان يسيرا ضعفت فيه التهمة والله أعلم ولا يجوز عند الشافعي أن يزيد المسلم درهما ويأخذ أفضل مما سلم لانه بيع لا سلم فيه قبل قبضه وذلك غير جائز عنده وجوز أبو حنيفة ذلك في الثياب دون المكيل والموزون وقد تقدم ذكر ذلك كله (فرع) فان كانت الزيادة من المسلم اليه فلا يفترقان قبل قبضهما لما قدمناه وان كانت من المسلم لفضل ما أخذ على ما كان له جاز أن تتأخر الزيادة رواه علي بن زياد عن مالك لانه يدخله الكالي بالكالي ولا فسخ عين في دين وذلك ان المسلم معجل ما ينتقل اليه فابتاع الزيادة

* قال مالك فيمن سلف دنانير أو دراهم في أربعة أثواب موصوفة الى أجل فلما حل الأجل تقاضى صاحبها فلم يجدها عنده ووجد عنده ثيابا دونها من صنفها فقال له الذي عليه الأثواب أعطيك بها ثمانية أثواب من ثيابي هذه انه لا بأس بذلك اذا أخذ تلك الأثواب التي يعطيه قبل أن يفترقا فان دخل ذلك الأجل فانه لا يصلح وان كان ذلك قبل محل الأجل فانه لا يصلح أيضا الا أن يبيعه ثيابا ليست من صنف الثياب التي سلفه فيها

التى قبضها بثمن مؤخر وذلك جائز (مسئلة) ولولقى المسلم المسلم اليه بغير بلد السلم بعد ان حل الاجل جاز أن يأخذ منه مثل ماله عليه ولا يأخذ منه أرفع من ذلك قاله ابن القاسم وأشهب فى المجموعة قال أشهب لانه اذا أخذ أرفع فهى زيادة لطرح الضمان واذا أخذ أدون فهو وضع لتعجيل الحق (مسئلة) ولولم يحل الاجل فقد قال ابن القاسم ليس له أن يأخذ منه مثل ماله ولا أرفع ولا أوضع وروى ابن عبدوس عن سحنون ان ذلك جائز وجه القول الاول ما رواه ابن المواز عن ابن القاسم أنه يدخله قبل الاجل ما يدخله فى أرفع وأدنى لان المسلم وضع المسافة ليتعجل له حقه والمسلم اليه زادها ليزول عنه الضمان فيدخله الوجهان والله أعلم وجه قول سحنون ان أخذ المثل قبل الأجل جائز وليس للمكان تأثير الامثل تأثير الأجل وكل واحد منهما اذا انفرد لم يمنع قبض المثل فكذلك اذا اجتمعا وقول الجمهور على ما تقدم من قول ابن القاسم

﴿ بيع النحاس والحديد وما أشبههما مما يوزن ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا فيما يكال و يوزن من غير الذهب والفضة من النحاس والشبه والرصاص والآنك والحديد والقضب والتين والكرسف وما أشبه ذلك مما يوزن فلا بأس بأن يؤخذ من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد ولا بأس أن يؤخذ رطل حديد برطلى حديد ورطل صفر برطلى صفر * قال مالك ولا خير فيه اثنان بواحد من صنف واحد الى أجل فاذا اختلف الصنفان من ذلك فبان اختلافهما فلا بأس أن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل فان كان الصنف منه يشبه الصنف الآخر وان اختلفا فى الاسم مثل الرصاص والآنك والشبه والصفر فانى أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل ﴾ ش معنى قوله وذلك ان المكيل والموزون مما ليس بمطعوم ولا ثمن كالحناء والحديد والرصاص والنحاس فانه يجوز فيه التفاضل يدا بيد و يحرم فيه التفاضل مع الأجل فى الجنس الواحد منه لما قدمناه قبل هذا

(فصل) وان كان الصنف يشبه الصنف الآخر وان اختلفا فى الاسم كالرصاص والآنك فانى أكره أن يباع منه واحد باثنين الى أجل يريد بالتشابه تقارب المنافع مع تقارب الصورة كالآنك والرصاص زاد ابن حبيب والقزدير فانه جنس واحد فى هذا الباب وكذلك الشبه والصفر والنحاس جنس واحد والحديد لينه وذكيره جنس واحد وانما يختلف بالعمل فاذا عمل الحديد سيوفا أو سكاكين أو النحاس أوانى فانه يصير أصنافا باختلاف المنافع والصور

(فصل) وقوله فانى أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد لما قدمناه من أن الجنس الواحد لا يجوز بعضه ببعض نقدا متفاضلا فى ذلك كله الا ما ذكره أصحابنا عن مالك فى منع التفاضل فى الفلوس واختلفوا فى تأويل ذلك فمنهم من قال منعه على الكراهية ومنهم من قال منعه على التحريم وجه الكراهية ان السكة فى النحاس صناعة لا تخرجه عن أصله فلم تنقله من اباحة التفاضل الى تحريمه كصناعته طسوتا وأوانى ووجه رواية التحريم ان السكة نوع يختص بالأثمان فوجب أن تؤثر فى تحريم التفاضل لجنس الذهب والفضة ومن نسب مالكا فى هذا القول الى المناقضة فلم يتبين وجه الحكم والله أعلم ص ﴿ قال مالك وما اشتريت من هذه الأصناف كلها فلا بأس أن تبيعه قبل أن تقبضه من غير صاحبه الذى اشتريته منه اذا قبضت ثمنه اذا كنت اشتريته كيلا أو وزنا فان اشتريته جزافا فبعه من غير الذى اشتريته منه بنقد أو الى أجل وذلك أن ضمانه منك اذا اشتريته جزافا ولا

﴿ بيع النحاس والحديد وما أشبههما مما يوزن ﴾

* قال مالك الأمر عندنا فيما يكال و يوزن من غير الذهب والفضة من النحاس والشبه والرصاص والآنك والحديد والقضب والتين والكرسف وما أشبه ذلك مما يوزن فلا بأس بان يؤخذ من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد ولا بأس أن يؤخذ رطل حديد برطلى حديد ورطل صفر برطلى صفر * قال مالك ولا خير فيه اثنان بواحد من صنف واحد الى أجل فاذا اختلف الصنفان من ذلك فبان اختلافهما فلا بأس بان يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل فان كان الصنف منه يشبه الصنف الآخر وان اختلفا فى الاسم مثل الرصاص والآنك والصفر فانى أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل * قال مالك وما اشتريت من هذه الاصناف كلها فلا بأس أن تبيعه قبل أن تقبضه من غير صاحبه الذى اشتريته منه اذا قبضت ثمنه اذا كنت اشتريته كيلا أو وزنا فان اشتريته جزافا فبعه من غير الذى اشتريته منه بنقد أو الى أجل وذلك ان ضمانه منك

الأشياء كلها وهو الذى لم يزل عليه أمر الناس عندنا * قال مالك الأمر عندنا فيما يكال أو يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب مثل العصفر والنوى والخبط والكتم وما يشبه ذلك انه لا بأس بان يؤخذ من كل صنف منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يؤخذ من صنف واحد منه اثنان بواحد الى أجل فان اختلف الصنفان فبان اختلافهما فلا بأس بان يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل وما اشترى من هذه الاصناف كلها فلا بأس بان يباع قبل أن يستوفى اذا قبض ثمنه من غير صاحبه الذى اشتراه منه * قال مالك وكل شئ ينتفع به الناس من الاصناف كلها وان كانت الحصباء والقصة فكل واحد منهما بمثليه الى أجل فهو ربا وواحد منهما بمثله وزيادة شئ من الاشياء الى أجل فهو ربا

﴿ النهى عن بيعتين فى بيعة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة

يكون ضمانه منك اذا اشتريته وزنا حتى تزنه وتستوفيه وهذا أحب ما سمعت الىّ فى هذه الأشياء كلها وهو الذى لم يزل عليه أمر الناس عندنا ﴾ ش معنى قوله وذلك ان المكيل والموزون مما ليس بمطعوم ولا ثمن كالحناء وقوله وما اشتريت من هذه الأصناف كيلا أو وزنا فبعه من غير بائعه اذا قبضت ثمنه يريد انه لا يكون لك بيعه بثمن مؤجل ما لم تستوفه بالكيل أو الوزن كأنه وان كان حاضرا معينا فانه من ضمان البيع حتى توفيه فصار من الكالئ بالكالئ وان اشتراه جزافا جاز بيعه بثمن مؤجل لانه بنفس العقد يكون فى ضمان المبتاع ولا تعلق له بضمان البائع وهذا مذهب مالك رحمه الله وهذا فى المبيع الحاضر الذى هو من ضمان المشترى بنفس العقد فأما الغائب الذى يكون من ضمان البائع (٢) ص ﴿قال مالك الأمر عندنا فيما يكال أو يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب مثل العصفر والنوى والخبط والكتم وما أشبه ذلك أنه لا بأس بأن يؤخذ من كل صنف منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يؤخذ من صنف واحد منه اثنان بواحد الى أجل فان اختلف الصنفان فبان اختلافهما فلا بأس بأن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل وما اشترى من هذه الأصناف كلها فلا بأس بأن يباع قبل أن يستوفى اذا قبض ثمنه من غير صاحبه الذى اشتراه منه * قال مالك وكل شئ ينتفع به الناس من الأصناف كلها وان كانت الحصباء والقصة فكل واحد منهما بمثليه الى أجل فهو ربا وواحد منهما بمثله وزيادة شئ من الأشياء الى أجل فهو ربا ﴾ ش قوله ان ما ليس بمطعوم ولا ثمن فانه يجوز بيعه بجنسه يدا بيد متساويا ومتفاضلا ولا يجوز متفاضلا الى أجل و يجوز التفاضل فى الجنس الى أجل وقد تقدم ذلك وقوله وكل ما ينتفع به الناس وان كان الحصباء والقصة فكل واحد منهما بمثله الى أجل ربا وقد قال ابن حبيب ان التراب الأبيض والتراب الأسود صنفان قال وكذلك الجير والتراب الأبيض قال وكذلك العمد بالصخر والكذان بالرخام والجندل بالحجارة والحجارة بالحصباء قال فهذا كله مختلف يجوز فيه التساوى والتفاضل الى أجل وقال غيره ما استوت منافعه كالجندل بالحجارة لم يجز ذلك فيه والله أعلم

(فصل) وقوله وواحد منهما بمثله وزيادة شئ من الأشياء الى أجل ربا يريد ان ما كان من جنس واحد يحرم فيه التفاضل الى أجل فانه لا يجوز وان كان ذلك الفضل من غير ذلك الجنس وربما كان منفعة أو عملا فانه لا يجوز ذلك فيه وبالله تعالى التوفيق

﴿ النهى عن بيعتين فى بيعة ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة محمول على ظاهره من التحريم وقال الفقهاء فى معنى بيعتين فى بيعة أن يتناول عقد البيع بيعتين على ان لا تتم منهما الا واحدة مع لزوم العقد فهذا هو معنى بيعتين فى بيعة مثل أن يتبايعا هذا الثوب بدينار وهذا الآخر بدينارين على أن يختار أحدهما أى ذلك شاء وقد لزمهما ذلك أو لزم أحدهما فهذا يوصف بانه بيعتان لانه قد عقد بيعة فى الثوب الذى بالدينارين وبيعة أخرى فى الثوب الذى بالدينار ولم تجمعهما صفقة لانه لا يتم البيع فيهما ويوصف بانه فى بيعة لانه احدى البيعتين فمثل هذا لا يجوز سواء كان ذلك بنقد واحد أو نقدين مختلفين خلافا لعبد العزيز بن أبى سلمة فى تجويزه ذلك بالنقد الواحد والدليل على ما نقوله ما تقدم من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة ونهيه يقتضى فساد المنهى عنه ومن جهة المعنى ما احتج به مالك من انه

يقدر عليه انه قد أخذ أحدهما بالدينار ثم تركه وأخذ الثانى ودفع دينارين فصار الى أن باع ثوبا ودينارا
بثوب ودينارين (مسئلة) وأما ان كان ذلك بثمن واحد مثل أن يبيعه أحد هذين الثوبين
يختار أيهما شاء بدينار وقد لزمه اذلك أو لزم البائع فحقيقة المذهب الجواز وفى كتاب محمد قال
مالك لا خير فيه قال محمد ومكروه وذلك أن يختلف الثوبان كانا من صنف واحد أو من صنفين اتفق
الثمن أو اختلف ومعنى ذلك اذا كانا من صنفين فأما اذا كانا من صنف فان كان بينهما تفاضل
يسير فهذا لا يكاد يسلم منه كل ثوبين وان كان بينهما تفاوت فى الجودة فهذا الذى ذهب اليه مالك وبه
قال فى كتاب محمد ان كانت السلعتان مما يجوز أن تسلم احداهما فى الاخرى لم يجز ذلك على الزام
احداهما فهذا يقتضى أنه اذا كان احداهما من الخيل السابقة أو من رقيق الثياب والثانية من حواشى
الخيل وغليظ الثياب لم يجز لان هذا انما تسلم احداهما فى الاخرى الان مثل هذا لا يكاد يقع على وجه
التخيير لان كل واحد يعلم ان الافضل هو خيار المشترى الا أن يريد بذلك أن يكونا جميعا من الكتان
ويكون أحدهما شقة والآخر ثوبا مفصلا بحيث تختلف فيهما الاغراض فقد يأخذ الادون المشترى
لغرضه فيه ويأخذ الاجود لفضله فيدخل هذا الغرر (فرق) فاذا قلنا بجواز ذلك وهو الاظهر
فما الذى يخرج هذا عن أن يكون من بيعتين فى بيعة يحتمل ذلك وجهين أحدهما أن يكون من
بيعتين فى بيعة ولكنه مخصوص بالدليل لتعريه من الغرر والثانى أنه ليس من بيعتين فى بيعة لان
معنى بيعتين فى بيعة أن تكون كل واحدة من البيعتين مقصودة لجنسها مختصة كل واحدة منهما
بغرض غير غرض الاخرى وذلك موجود فيه اذا اختلف الثمنان أو اختلف المبيعان للجنس أو
لتباين الجودة التى لا يتساوى معها الثمن فيها فاذا تساوى الثمنان وتساوت الجودة أو تقاربت تقاربا
يكون فى معنى التساوى فانه لا تختص كل واحدة من البيعتين بغرض فلم تكن بيعة ولذلك لا يقال
لمن اشترى قفيز حنطة من صبرة انه من باب بيعتين فى بيعة ولا بيع كسرة ولا خلاف فى المذهب انه
يجوز أن يشترى عشرة أكبش يختارها من عشرين كبشا معينة وان كنا لا نشك أنه لا يكاد أن
يتفق تساويهما ولكنه يتقارب كثير منها مع تساوى الغرض فيها أو تقاربه والله أعلم (مسئلة) اذا
ثبت ماقلناه فمن اشترى أحد ثوبين على أن يختار من أحدهما فقبضهما على أن يختار فان له أن يختار
مدة ما ضربا لذلك فان هلك أحدهما أو أصابه عيب فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن يختار أو بعده
فان كان ذلك قبل أن يختار ففى كتاب ابن المواز عن مالك الهالك المعيب بينهما والسالم بينهما وقال
ابن القاسم يضمن نصف التالف منهما وأنكر ذلك ابن حبيب وقال بل يضمن جميع ثمنه قال وقاله
لى من كاشفته من أصحاب مالك وقال أشهب فى النوادر واذا غاب على الثوبين فهو ضامن لهما وأما
فى العبدين فلا ضمان عليه فى الهالك ويلزمه الباقى والذى عنه فى المدونة أن له أن يأخذ الباقى أو يرده
وجه قول مالك وابن القاسم انه قبضهما على وجه الاختيار فلم يضمن الا بقدر ماله فيهما من جهة الغرر
ألا ترى أنه لو كان له قبل رجل دينار فدفع اليه ثلاثة دنانير ليراها ويأخذ واحدا منها فضاعت فانه لا
يضمن الا واحدا منها ووجه قول ابن حبيب ما احتج به من انه أخذ كل واحد من الثياب بالخيار فاذا لم
تقم بينة بضياعه وجب أن يضمنه ألا ترى أنه لو اشترى ثوبين على انه بالخيار ان شاء أخذ أحدهما وان
شاء ردهما فضاع الثوبان أو أحدهما فان قول ابن القاسم انه يضمن ماضاع منهما وفرق ابن القاسم
بينهما أنه اذا ابتاع الثوبين على انه بالخيار فقد تناولهما البيع أو أحدهما على وجه واحد فوجب أن
يضمنهما واذا اشترى أحدهما على أن يختاره من ثوبين فان الشراء تناول أحدهما وقبض الآخر

على وجه الامانة المحضة فلم يضمنه (مسئلة) ومن كان له على رجل دينار فأعطاه ثلاثة دنانير ليزنها ويأخذ منها واحدا فضاعت روى ابن حبيب عن أصحاب مالك انه لا يضمن الا واحدا منها وذلك اذا لم يشك أن فيها وازنا فأما اذا جهل ذلك وضاعت قبل الوزن فلا يضمن شيأ منها ويحلف انه ما علم ان فيها وازنا وفي المدونة فيمن كان له على رجل دينار فيعطيه ثلاثة دنانير يختار أحدها فيذكر انه تلف أحدها انه يكون شريكا قال سحنون ومعنى ذلك أنه لم يعرف تلفه الا بقوله لمعنى رواية ابن حبيب انه لا يضمن اذا لم يعرف ان فيها ما يكون وفاء لحقه لانه لم يقبضه على الاستيفاء فاذا عرف ان فيها وفاء لحقه ضمن منها بقدر حقه لان الباقي انما دفع اليه على وجه التبرع والوديعة المحضة بخلاف من اشترى ثوبا بالخيار من ثوبين فان حقه متعلق بكلا الثوبين حتى يختار وعلى ذلك قبضه وليس كذلك من كان له على رجل دينار فدفع اليه ثلاثة دنانير ليستوفي منها حقه فانه لم يكن استحق عليه أن يدفع اليه غير دينار واحد فيه وفاء عن حقه ووجه قول سحنون أيضا انه انما قبضه ليختار فاذا قامت بينة بضياعه فلا ضمان عليه كسلعة أخذها بشراء الخيار لو بها وان لم تقم بينة بضياعها ضمنها الان قبضها لمنفعة نفسه وهو مما يغاب عليه (مسئلة) واذا قلنا ان من ابتاع ثوبا بالخيار من ثوبين فضاع أحدهما ان عليه نصف ثمنه فهل يكون له أن يأخذ الباقي بالثمن أو يرده قال ابن القاسم في المدونة عن مالك في الثوب له أن يرد الباقي وقال ابن القاسم وللمشترى أن يأخذ الباقي في أيام الخيار وما قرب منها وروى ابن المواز عن مالك ان عليه نصف المعيب ان دخل أحدهما عيب ونصف الباقي السالم وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية ان تلف أحدهما فله رد الباقي وغرم نصف ثمن التالف وان أراد امساك الباقي فليس له الا نصفه الا أن يرضى البائع بذلك ووجه قول المدونة انه لم يتقدم اختياره وهو في مدة الاختيار جاز له أن يختار الباقي فيضمن نصف الاول لما قبضه للاختيار وغاب عليه وله أن يرده فيكون اختياره متعلقا بالتالف لانه لما تلف قبل اختياره لم يضمن جميعه بالثمن ولا يجوز له أن يختار بعد مدة الخيار الباقي لان اختياره في غير مدة الاختيار ووجه رواية ابن المواز ما احتج به ابن القاسم انه قد لزمه نصف الثوب التالف فلا يكون له أن يختار الثوب الباقي فيصير اليه ثوب ونصف وانما ابتاع ثوبا واحدا (فرع) فاذا قلنا يضمن نصف التالف قال ابن القاسم يضمن نصفه بنصف الثمن وقال أشهب في النوادر ان أخذ الباقي كان عليه بالثمن والتالف بالقيمة وان رده فالتالف عليه بالأقل من الثمن أو القيمة

(فصل) ولو قال المبتاع انما ضاع أحدهما بعد ان اخترت الباقي فالقول قوله ويحلف ولا شيء عليه في التالف قاله أصبغ في كتاب محمد ووجه ذلك انه مؤتمن على الاختيار ولو أشهد على اختياره أحد الثوبين بغير محضر البائع ثم ادعى هلاك الثاني قال ابن حبيب ابن القاسم لا يضمنه ومن سواه من أصحاب مالك يضمنه وهو الصواب قال الشيخ أبو محمد هكذا في كتاب ابن حبيب فان كان يريد انه يختار أحدهما فهو قول ابن القاسم وان كان يريد انه يختارهما أو يردهما فليس بقول ابن القاسم ص * مالك انه بلغه ان رجلا قال لرجل ابتع لي هذا البعير بنقد حتى ابتاعه منك الى أجل فسئل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه * ش قوله ابتع لي هذا البعير بنقد فابتاعه منه الى أجل أدخله في باب بيعتين في بيعة ولا يمتنع أن يوصف بذلك من جهة انه انعقد بينهما ان المبتاع للبعير بالنقد انما يشتريه على انه قد لزم مبتاعه بأجل باكثر من ذلك الثمن فصار قد انعقد بينهما عقد بيع تضمن بيعتين احداهما الأولى وهي بالنقد والثانية المؤجلة وفيهما مع ذلك بيع ما ليس

*وحدثني مالك انه بلغه ان رجلا قال لرجل ابتع لي هذا البعير بنقد حتى ابتاعه منك الى أجل فسأل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه

عنده لان المبتاع بالنقد قد باع من المبتاع بالأجل البعير قبل أن يملكه وفيها سلف بزيادة لانه يبتاع له البعير بعشرة على أن يبيعه منه بعشرين الى أجل يتضمن ذلك انه سلفه عشرة فى عشرين الى أجل وهذه كلها معان تمنع جواز البيع والعينة فيها أظهر من سائرها والله أعلم وقال عيسى سألت ابن القاسم عن تفسير بيعتين فى بيعة فقال بيعتان فى بيعة أكثر من أن يبلغ ذلك بتفسير وأصل يبنى عليه ومما يعرف به مكروهما ان يتبايعا بامرين ان فسخت أحدهما فى الآخر كان حراما وان فسخت أحدهما فى الآخر كان غررا قال عيسى فالاول أن يبيعه سلعة بدينار نقدا أو بدينارين الى أجل فهذا ان فسخت أحدهما فى الآخر كان حراما والثانى أن يبيعه سلعة بثوب أو شاة فهذا ان فسخ أحدهما فى الاخر كان غررا فان وقع ذلك فسخ الا أن يفوت عند المبتاع فتجب فيه القيمة (مسئلة) وان وقع ما ذكره من أن يتفقا على أن يبتاع له البعير فيبيعه منه روى عيسى عن ابن القاسم ان باعه منه بمثل الثمن الذى ابتاعه به فلا بأس به لانه أسلفه الثمن ولا خير فى ان يبيعه منه باكثر مما ابتاعه ويفسخ البيع الا أن تفوت السلعة فيكون لبائعه قيمتها نقدا أو بما ابتاعها هذا المشهور من المذهب وروى ابن القاسم عن مالك انها تلزمه الاثنا عشر ولا يفسخ البيع لان المأمور كان ضامنا للسلعة قال ابن القاسم وأحب الى لو تورع عن أخذ ما ازداد وقال عيسى وأحب الى أن يفسخ الا أن تفوت فتكون فيها القيمة لبائعها والله أعلم ص ﴿ مالك انه بلغه ان القاسم بن محمد سئل عن رجل اشترى سلعة بعشرة دنانير نقدا أو خمسة عشر الى أجل فكره ذلك ونهى عنه * قال مالك فى رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر دينارا الى أجل قد وجبت للمشترى باحد الثمنين قال مالك انه لا ينبغى ذلك لانه ان أخر العشرة كانت خمسة عشر الى أجل وان نقد العشرة كان انما اشترى بها الخمسة عشر التى الى أجل ﴾ ش وهذا على ما قاله انه اذا اختلف الثمنان واختلف البيعتان بالنقد والتأجيل فقد وضح أنهما بيعتان تضمنتهما بيعة وذلك يمنع صحة العقد وقد دللنا على أنه لا يجوز ذلك مع اختلاف الثمن فقط فبان لا يجوز مع اختلاف الثمن واختلافهما بالنقد والأجل أولى وفسر ذلك مالك بان من له الخيار منهما ان أنفذ البيع بعشرة نقدا فقد أخذ ذلك بخمسة عشر مؤجلة يتركها وان أنفذ البيع بخمسة عشر مؤجلة فقد أخذها بعشرة نقدا تركها ولا يجوز ذلك وهذا انما هو من باب الذريعة لتجويز أن يكون الذى له الخيار قد اختار أولا انفاذ ذلك العقد بأحد الثمنين ثم بدا له فلم يظهر ذلك وعدل الى الآخر وهذا مما لا يكاد أن يسلم منه مع الترجيح فى أفضل الأمرين وحاجتهما اليهما أو الى أحدهما والله أعلم

(فصل) وقوله وقد وجبت للمشترى بأحد الثمنين يقتضى أن ذلك علة الفساد وقد حكى ابن المواز عن مالك انه ان لزم ذلك المشترى لخيار البائع أو البائع لخيار المشترى فى أحد الثمنين أو رد السلعة فهو من بيعتين فى بيعة قال ولو كان كل واحد منهما بالخيار لجاز ذلك وان اختلف صنف الثوبين أو اتفقا اذا اختلف الثمنان أو اتفقا ووجه ذلك انه لم ينعقد بينهما شئ وهما على ما كانا عليه قبل أن يأخذ فى ذلك فى أن كل واحد منهما بالخيار ووجه آخر وهو ان هذه حال المساومة وللرجل أن يساوم الآخر فى عدد سلع مختلفة الأجناس والأثمان (مسئلة) فان أتى البائع بلفظ الايجاب لم يثبت التخيير فى ذلك الا بالتصريح به وأما اذا قال له خذ هذا الثوب ان شئت بدينار أو هذه الشاة بدينار ولم يزد على ذلك لم يجز لانه قد ألزم البيع فى أحدهما بغير خيار فهو ايجاب فاسد قاله مالك وروى أشهب عن مالك جواز ذلك قال محمد رواية أشهب الاولى عن مالك أصح وهى رواية ابن وهب وابن القاسم عن مالك وكذلك لو قال له المشترى قد أخذت لكان قبولا فاسدا لاستناده الى

* وحدثنى مالك أنه بلغه ان القاسم بن محمد سأل عن رجل اشترى سلعة بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر دينارا الى أجل فكره ذلك ونهى عنه * قال مالك فى رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر دينارا الى أجل قد وجبت للمشترى باحد الثمنين انه لا ينبغى ذلك لأنه ان أخر العشرة كانت خمسة عشر الى أجل وان نقد العشرة كان انما اشترى بها الخمسة عشر التى الى أجل

الايجاب الفاسد ولتعريه من معنى التخيير والمساومة قال، معنى ذلك كله محمد و بينه فى التفسير عيسى عن ابن القاسم قال ولفظ الايجاب أن يقول له خذها بكذا وكذا أو يقول له هى لك بكذا قال عيسى وكذلك أعطيتكها بكذا أو بعتكها بكذا وأما اذا لم يتلفظ بايجاب وانما تلفظ بلفظ المساومة مثل أن يقول أنا أبيع هذا الثوب بدينار وأبيع هذا الآخر بدينارين أو يقول له المشترى بكم سلعتك هذه فيقول بدينار نقدا فيقول له وبكم تبيعها الى أجل فيقول بدينارين فاشترى باحدهما لم يكن بذلك بأس (مسئلة) ويجوز أن يفترقا على انهما بالخيار أو على ان أحدهما بالخيار أو على ان البيع قد لزمهما مع تساوى الثوبين والثمنين على ان الاختيار لأحدهما خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما لا يجوز أن يفترقا الا على ثمن معلوم والدليل على مانقوله ان الثمن معلوم ودخول الاختيار فى أحد الثوبين لا تأثير له فى الثمن وانما يعود لعدم تعيين المبيع وذلك لا يمنع صحة العقد كما لو اشترى منه قفيز قمح من جملة صبرة فيها أقفزة ص ﴿ قال مالك فى رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقدا أو بشاة موصوفة الى أجل قد وجب عليه البيع بأحد الثمنين ان ذلك مكروه لا ينبغى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة وهذا من بيعتين فى بيعة ﴿ قال مالك فى رجل قال لرجل أشترى منك هذه العجوة خمسة عشر صاعا أو الصيحانى عشرة أصوع أو الحنطة المحمولة خمسة عشر صاعا أو الشامية عشرة أصوع بدينار قد وجبت لى احداهما ان ذلك مكروه لا يحل وذلك انه قد أوجب له عشرة أصوع صيحانيا فهو يدعها و يأخذ خمسة عشر صاعا من العجوة أو تجب له خمسة عشر صاعا من الحنطة المحمولة فيدعها و يأخذ عشرة أصوع من الشامية فهذا مكروه لا يحل وهو أيضا يشبه مانهى عنه من بيعتين فى بيعة وهو أيضا مما نهى عنه أن يباع من صنف واحد من الطعام اثنان بواحد ﴾ ش قوله من باع من رجل سلعة بدينار نقدا أو بشاة موصوفة الى أجل وذلك مكروه من بيعتين فى بيعة على ماتقدم لان الثمنين قد اختلفا فى الجنس والقدر وان اختلفا فى الأجل والنقد ولو اختلفا باحدهما لفسد العقد ومتى اختلف أحد العوضين بالجنس أو القدر المقصود أو بالنقد والتأجيل فهو من معنى بيعتين فى بيعة الذى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه (فصل) وقوله فى الذى يشترى العجوة خمسة عشر صاعا أو الصيحانى عشرة أصوع ان ذلك مكروه على ماقدمناه من ان اختلاف جنس أحد العوضين يمنع صحة العقد فلما كان أحد التمرين صيحانيا وعشرة أصوع والآخر عجوة وخمسة عشر صاعا دخله الفساد من وجهين من جهة القدر المقصود ومن جهة الجنس ولو كان مع ذلك المطعوم من جنس واحد وقدر واحد فيقول له ابتع هذه الصبرة عشرة أصوع بدينار وان شئت من هذه الصبرة التى هى من جنسها عشرة أصوع بدينار وعقدا بيعهما على ذلك لم يجز رواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك انه يدخله بيع الطعام قبل استيفائه لانه يجوز عليه انه قد رضى باحدهما ثم انتقل عنه الى الآخر فباع الأول قبل استيفائه الثانى (مسئلة) ولو لم يكن فيه حق استيفاء فقد قال مالك فمن باع من رجل تمر حائطه على أن يختار منه البائع ثلاث نخلات ان ذلك جائز ومنع منه ابن القاسم

(فصل) وقوله وقد يشبه مانهى عنه من بيعتين فى بيعة قد تقدم القول فيه وقال عيسى بن دينار عن ابن القاسم واما شرطان فى شرط بان يقول الرجل للرجل احمل كتابى هذا الى بلد كذا فان بلغته فى يومين فلك كذا وان تأخرت عن ذلك فلك كذا الأقل منه فهذان شرطان فى شرط وهو من بيعتين فى بيعة وقاله أصبغ

﴿ قال مالك فى رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقدا أو بشاة موصوفة الى أجل قد وجب عليه البيع بأحد الثمنين ان ذلك مكروه لا ينبغى لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة وهذا من بيعتين فى بيعة ﴿ قال مالك فى رجل قال لرجل اشترى منك هذه العجوة خمسة عشر صاعا أو الصيحانى فى عشرة أصوع أو الحنطة المحمولة خمسة عشر صاعا أو الشامية عشرة أصوع بدينار قد وجبت لى احداهما ان ذلك مكروه لا يحل وذلك انه قد أوجب له عشرة أصوع صيحانيا فهو يدعها و يأخذ خمسة عشر صاعا من العجوة أو تجب له خمسة عشر صاعا من الحنطة المحمولة فيدعها و يأخذ عشرة أصوع من الشامية فهذا مكروه لا يحل وهو أيضا يشبه ما نهى عنه من بيعتين فى بيعة وهو أيضا مما نهى عنه أن يباع من صنف واحد من الطعام اثنان بواحد

﴿ بيع الغرر ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر * قال مالك ومن الغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو أبق غلامه وثمن الشيء من ذلك خمسون دينارا فيقول له رجل أنا آخذه منك بعشرين دينارا فان وجده المبتاع ذهب من البائع ثلاثون دينارا وان لم يجده ذهب من المبتاع بعشرين دينارا * قال مالك وفي ذلك عيب آخر ان تلك الضالة ان وجدت لم يدر أزادت أم نقصت أم ما حدث بها من العيوب فهذا أعظم المخاطرة ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر يقتضي فساده ومعنى بيع الغرر والله أعلم ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر فهذا الذي لا خلاف في المنع منه وأما يسير الغرر فانه لا يؤثر في فساد عقد بيع فانه لا يكاد يخلو عقد منه وانما يختلف العلماء في فساد أعيان العقود لاختلافهم فيما فيه من الغرر وهل هو من حيز الكثير الذي يمنع الصحة أو من حيز القليل الذي لا يمنعها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالغرر يتعلق بالمبيع من ثلاثة أوجه من جهة العقد والعوض والأجل فاما المبيع والثمن فان يكون أحدهما مجهول الصفة حين العقد كشراء الأجنة واشتراطها قال مالك لا خير في بيع الرمكة على انها عقوق وكذلك الغنم والابل الا أن يقول انها عقوق ولا يشترط ذكره ابن المواز وروى عبد الملك بن الحسن عن أشهب يجوز ذلك وفي القول الأول انه غير مقدور على تسليمه حين استحقاق التسليم كالعبد الآبق والجمل الشارد والسلم في ثمر حائط بعينه وما يشبه ذلك سوى الابل المهملة في الرعي فان رآها المبتاع قال مالك لا يجوز ذلك قال ابن القاسم في كتاب محمد وكذلك المهارات والفلاء الصغار بالبراءة وهي كبيع الآبق وروى أصبغ عن ابن القاسم لا تباع الابل الصغار وما لا يوجد الا بالارهاق وعلل ذلك بانه لا يدرى متى يوجد وعلل ذلك ابن القاسم بان أحدهما خطر وزاد في العتبية أصبغ عن ابن القاسم انه لا يدرى ما فيها من العيوب قال كبيع الغائب بغير صفة وأنكر هذا أصبغ وقال انما يكره لصعوبة أخذها ولولا ذلك لجاز ولكان بيع الغائب وغيره بالبراءة مما لا يعلم جائزا وقال ابن حبيب لا يجوز ذلك بيعت بالبراءة أو بغير البراءة (فرع) اذا ثبت منع هذا البيع فالمبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع قاله ابن القاسم قال ابن حبيب فان فاتت عند المبتاع فعليه قيمتها يوم قبضها ووجه ذلك ان ما منع من بيعه الغرر وما يخاف من تعذر قبضه فانه من البائع وانما يضمنه المبتاع بالقبض كالآبق (مسئلة) وقد يكون مقدورا على تسليمه ويكون الغرر فيه من أجل حاله كالعبد أو غيره من الحيوان لمرض بمرض يخاف منه الموت قال ابن حبيب هو من الغرر ويفسخ البيع ما لم يفت بيد المبتاع فتكون عليه قيمته يوم قبضه (مسئلة) ومن الجهالة في الثمن أن يبيعه السلعة بقيمتها أو بما يعطى فيها ولو قال له بعتك اياها بما شئت ثم سخط ما أرسل اليه قال ابن القاسم ان أعطاه القيمة لزمه ذلك قال محمد معناه ان فات وان لم يفت رد لان هذا لا يجوز في هبة الثواب وجه قول ابن القاسم ان ظاهر أمره المكارمة وتعليق ذلك باختيار المبتاع فأشبه هبة الثواب ووجه قول محمد اعتبارا بلفظ البيع ولذلك فرق بينه وبين التلفظ بالهبة للثواب فجعل للفظ تأثيرا في ذلك والله أعلم (مسئلة) ومن دفع الى رجل داره على أن ينفق عليه حياته روى ابن المواز عن أشهب لا أحب ذلك ولا أفسخه ان وقع وقال أصبغ هو حرام لان حياته مجهولة ويفسخ وقال ابن القاسم عن مالك لا يجوز اذا قال على أن ينفق عليه حياته

﴿ بيع الغرر ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر * قال مالك ومن الغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو ابق غلامه وثمن الشيء من ذلك خمسون دينارا فيقول رجل أنا آخذه منك بعشرين دينارا فان وجده المبتاع ذهب من البائع ثلاثون دينارا وان لم يجده ذهب من المبتاع بعشرين دينارا * قال مالك وفي ذلك عيب آخر ان تلك الضالة ان وجدت لم يدر أزادت أم نقصت أم ما حدث بها من العيوب فهذا أعظم المخاطرة

لأنه لا يدرى أيخرج أم لا يخرج فان خرج لم يدر أيكون حسنا أم قبيحا أم تاما أم ناقصا أم ذكرا أم أنثى وذلك كله يتفاضل ان كان على كذا فقيمته كذا وان كان على كذا فقيمته كذا * قال مالك ولا ينبغى بيع الاناث واستثناء ما فى بطونها وذلك أن يقول الرجل للرجل ثمن شاتى الغزيرة ثلاثة دنانير فهى لك بدينارين ولى ما فى بطنها فهذا مكروه لأنه غرر ومخاطرة * قال مالك ولا يحل بيع الزيتون بالزيت ولا الجلجلان بدهن الجلجلان ولا الزبد بالسمن لأن المزابنة تدخله ولأن الذى يشترى الحب وما أشبهه بشئ مسمى مما يخرج منه لا يدرى أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر فهذا غرر ومخاطرة * قال مالك ومن ذلك أيضا اشتراء حب البان بالسليخة فذلك غرر لأن الذى يخرج من حب البان هو السليخة ولا بأس بحب البان بالبان المطيب لأن البان المطيب قد طب ونش وتحول عن حال السليخة

(مسئلة) وأما الغرر من جهة العقد فمثل البيعتين فى بيعة لانه لا يدرى أى العوضين ابتاع أو باع ومن ذلك بيع الحصاة وهو من بيوع الجاهلية تكون حصاة بيد البائع فاذا سقطت وجب البيع ومن ذلك بيع العربان (مسئلة) وأما تعلق الغرر بالأجل فان يكون مجهولا أو بعيدا فأما المجهول فمثل أن يكون الى موت الى ميسرة أو الى أن يبيع المبيع وما أشبه ذلك وأما البيع من أهل الأسواق على التقاضى وقد عرفوا ان قدر ذلك الشهر ونحوه فجوزه مالك قال الشيخ أبو محمد معنى ذلك فيما جرى بينهم تقاضيه مقطعا قال مالك وان تأخر بعد ما عرف من وجه التقاضى أغرم ذلك وأما البعيد فكره ابن القاسم البيع الى أجل بعيد مثل عشرين سنة أو أكثر ولا يفسخه الا مثل الثمانين والتسعين ولا باس به الى عشرين سنة وانما اشرت الى كل باب من ذلك باشارة يسيرة وهو مستوعب فى كتاب الاستيفاء وبالله التوفيق ص * قال مالك والأمر عندنا ان من المخاطرة والغرر اشتراء ما فى بطون الاناث من النساء والدواب لانه لا يدرى أيخرج أم لا يخرج فان خرج لم يدر أيكون حسنا أم قبيحا أم تاما أم ناقصا أم ذكرا أم أنثى وذلك كله يتفاضل ان كان على كذا فقيمته كذا وان كان على كذا فقيمته كذا * ش قوله ان من المخاطرة بيع ما فى بطون الاناث من النساء والدواب فالأصل فى ذلك نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المضامين والملاقيح قال جماعة من أصحابنا المضامين ما فى بطون الاناث والملاقيح ما فى ظهور الذكور وقال ابن حبيب المضامين ما فى ظهور الفحول والملاقيح ما فى بطون الاناث ووجهه من جهة المعنى ما احتج به من انه مجهول الصفة متعذر التسليم وأحد الأمرين يفسد العقد وافسادهما اذا اجتمعا أوكد (مسئلة) فان وقع فى ذلك بيع نقض ما لم يخرج الجنين ويقبضه المبتاع ويفوت عنده فان فات عنده فعليه قيمته يوم القبض فان كان من بنى آدم على البائع والمشترى جمعهما فى ملك واحد ووجه ذلك انه بيع فاسد فلا يفوت الا بالتغير بعد القبض فلزم المبتاع قيمته يوم حكم بقبضه ولا يجوز التفرقة بين الأم وولدها الصغير فى الملك فيجبران على جمعهما فى ملك واحد اما بان يبتاع أحدهما من الآخر والا بيعا عليهما وبالله التوفيق ص * قال مالك ولا ينبغى بيع الاناث واستثناء ما فى بطونها وذلك أن يقول الرجل للرجل ثمن شاتى الغزيرة ثلاثة دنانير فهى لك بدينارين ولى ما فى بطنها فهذا مكروه لانه غرر ومخاطرة * ش أما قوله انه لا ينبغى أن يبيع الرجل شاته الحامل ويستثنى جنينها فعلى ما قاله فأما على قولنا ان المستثنى من المبيع مبيع معه ثم يخرج بالاستثناء من جملته فظاهر لانه مجهول الصفة على ما قدمنا فاذا تناوله البيع فسد البيع ووجهه ان الجملة المرئية اذا استثنى مجهول متناهى الجهالة أثر ذلك فى باقى الجملة جهالة تمنع صحة عقد البيع عليها ص * قال مالك ولا يحل بيع الزيتون بالزيت ولا الجلجلان بدهن الجلجلان ولا الزبد بالسمن لان المزابنة تدخله ولان الذى يشترى الحب وما أشبهه بشئ مسمى مما يخرج منه لا يدرى أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر فهذا غرر ومخاطرة * قال مالك ومن ذلك أيضا اشتراء حب البان بالسليخة فذلك غرر لان الذى يخرج من حب البان هو السليخة ولا بأس بحب البان بالبان المطيب لان البان المطيب قد طيب ونش وتحول عن حال السليخة * ش قوله لا يحل بيع الزيتون بالزيت لما احتج به من أنه من المزابنة وذلك بيع الشئ بما يخرج منه لان المقدار الذى يخرج منه مجهول وهو مما يعتبر فيه التساوى لتحريم الربا فيه وانما قال لانه لا يدرى أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر فهذا غرر ومخاطرة يريد انه لا يجوز أن يعطى أحدهما الا أكثر مالا يشك فى أنه أكثر لما يأخذ منه فيخرج بذلك عن المخاطرة والمقامرة لانه يدخله نوع آخر من الفساد وهو التفاضل

فيما يحرم فيه التفاضل فلابد من أن يتحرى التساوي فيهما ولا يصح التحري فيه لأنه لا يعلم أنه يخرج من هذا الزيتون أقل من الزيت الآخر أو أكثر لأن مثل هذا لا يبلغ بتحري الزيتون والله أعلم

(فصل) وقوله ومن ذلك اشتراء حب البان بالسليخة لأن الذي يخرج من حب البان هو السليخة قال عيسى السليخة هي عصارة حب البان وهو الزيت الذي يخرج منه فمنع حب البان بما يخرج منه وإن لم يكن مطعوما ولا فيما يجري فيه الربا لما فيه من الغرر عند تقاربهما وإن كان لا يحرم التفاضل في السليخة وحب البان لأنه يجوز بيع الشيء بما يخرج منه وإن كانا مما لا يحرم فيه التفاضل ولذلك لا يجوز بيع الكتان بالغزل جزافا أو أحدهما جزافا وإن كان يدا بيد ولا شيء مما لا يحرم فيه التفاضل بعضه ببعض جزافا مع تجويز التساوي والتفاضل قاله مالك قال محمد وهذا فيما يتقارب فأما لو دفع رطل صوف بعشرة أرطال مغزولة يدا بيد لجاز

(فصل) وقوله ولا بأس بحب البان بالبان المطيب لأن المطيب قد طيب ونش وتحول عن السليخة قال عيسى بن دينار والنش هو التطييب جعل النش في البان صنعة يخرج بها عن جنس السليخة التي ليست بمطيبة لأن هذا نهاية الصناعة فيها والله أعلم ص * قال مالك في رجل باع سلعة من رجل على أنه لا نقصان على المبتاع ان ذلك بيع غير جائز وهو من المخاطرة وتفسير ذلك أنه كأنه استأجره بربح ان كان في تلك السلعة وان باع برأس المال أو بنقصان فلا شيء له وذهب عناؤه باطلا فهذا لا يصلح وللمبتاع في هذا أجرة بمقدار ما عالج من ذلك وما كان في تلك السلعة من نقصان أو ربح فهو للبائع وعليه وانما يكون ذلك اذا فاتت السلعة وبيعت فان لم تفت فسخ البيع بينهما * قال مالك فأما أن يبيع رجل من رجل سلعة يبت بيعها ثم يندم المشتري فيقول للبائع ضع عني فيأبى البائع ويقول بع ولا نقصان عليك فهذا لا بأس به لأنه ليس من المخاطرة وانما هو شيء وضعه له وليس على ذلك عقدا بيعهما وذلك الذي عليه الأمر عندنا * ش قوله لا يجوز أن يبيع الرجل من رجل سلعة على أنه لا نقصان على المبتاع لما ذكره من وجه الغرر لأنه استأجره على بيعه بربح ان كان فيه ولا يدري قدره ولا جنسه وان لم يكن فيه ربح فلا شيء له وقد كره مالك أن يبيع من الرجل السلعة على أنه ان وجد قضاه وان مات قبل أن يجد فهو في حل قال ابن القاسم هو حرام ويرد فان فاتت السلعة بقيمتها يوم قبضها ومعنى ذلك أنه زاد في ثمنها للجهل بالأجل ولما فيه من تعليق القضاء بالوجود

(فصل) وقوله وللمبتاع في هذا أجرة بقدر ما عالج من ذلك وللبائع الزيادة والنقص ان فاتت السلعة يريد أنه يحمل على ما يؤول اليه أمرهما من الاجارة فان فاتت السلعة ببيع المبتاع لها فالذي باعها منه الثمن كان أقل من قيمتها أو أكثر وكان للمبتاع أجرة ما حاول من بيعها وغير ذلك من حفظها ان كان له أجرة وان وجدت السلعة بيد المبتاع لم تفت فسخ البيع فيما يحتمل أن يريد وجد بيد المبتاع لم يدخلها ما يغير صفتها على ما تقدم من قول ابن القاسم والله أعلم

(فصل) وقوله فان ندم مشتري سلعة وسأل الوضيعة فيقول البائع بع ولا نقصان عليك فهذا لا بأس به يريد لأن العقد قد سلم أولا مما يفسده ابتداء وقد قال مالك في كتاب ابن مزين وذلك لازم ووجه ذلك أنه قد حله بما غره به على بيع سلعته فوجب أن يلزمه ما التزم له بذلك (مسئلة) ولو قال ذلك البائع والسلعة بائرة فأراد المبتاع حملها على وجه السوق لما أمن النقصان قال عيسى عن ابن القاسم ليس له أن يبيعها الا على وجه البيع ووجه ذلك أنه انما أباح له البيع المعتاد على وجه الاجتهاد وطلب زيادة الثمن فليس له الخروج عنه الى ما يكثر به النقصان (فرع) فان باع حين البيع فزعم انه نقص

* قال مالك في رجل باع سلعة من رجل على انه لانقصان عن المبتاع ان ذلك بيع غير جائز وهو من المخاطرة وتفسير ذلك انه كأنه استأجره بربح ان كان في تلك السلعة وان باع برأس المال أو بنقصان فلا شيء له وذهب عناؤه باطلا فهذا لا يصلح وللمبتاع في هذا أجرة بمقدار ما عالج من ذلك وما كان في تلك السلعة من نقصان أو ربح فهو للبائع وعليه وانما يكون ذلك اذا فاتت السلعة وبيعت فان لم تفت فسخ البيع بينهما * قال مالك فأما أن يبيع رجل من رجل سلعة يبت بيعها ثم يندم المشتري فيقول للبائع ضع عني فيأبى البائع ويقول بع ولا نقصان عليك فهذا لا بأس به لأنه ليس من المخاطرة وانما هو شيء وضعه له وليس على ذلك عقدا بيعهما وذلك الذي عليه الأمر عندنا

هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة * قال مالك والملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يتبين مافيه أو يبتاعه ليلا ولا يعلم مافيه والمنابذة أن ينبذ الرجل الى الرجل ثوبه وينبذ الآخر اليه ثوبه على غير تأمل منهما ويقول كل واحد منهما هذا بهذا فهذا الذى نهى عنه من الملامسة والمنابذة * قال مالك فى الساج المدرج فى جرابه أو الثوب القبطى المدرج فى طيه انه لا يجوز بيعهما حتى ينشرا أو ينظرا الى مافى أجوافهما وذلك أن بيعهما من بيع الغرر وهو من الملامسة * قال مالك وبيع الاعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج فى جرابه والثوب فى طيه وما أشبه ذلك فرق بين ذلك الأمر المعمول به ومعرفة ذلك فى صدور الناس وما مضى من عمل الماضين فيه وانه لم يزل من بيوع الناس الجائزة والتجارة بينهم التى لا يرون بها بأسا لأن بيع الاعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر وليس يشبه الملامسة

من الثمن ما أنكره صاحبه قال عيسى يصدق ويوضع عنه ذلك الا أن يأتى بأمر منكر يعلم به كذبه أن وانه حابى فى البيع فيلزمه غرم ما قصر به عن ثمنها وقال ابن نافع لا يقبل قوله الا ببينة تعرف ما باع به الا يدعى من ذلك شيأ يعرف أهل تلك الصناعة أنها تباع بمثل ذلك فيحلف على مازعم ويصدق

﴿ الملامسة والمنابذة ﴾

ص ﴿ مالك عن محمد بن يحيى بن حبان وعن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة * قال مالك والملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يتبين مافيه أو يبتاعه ليلا ولا يعلم مافيه والمنابذة أن ينبذ الرجل الى الرجل ثوبه وينبذ الآخر اليه ثوبه على غير تأمل منهما ويقول كل واحد منهما هذا بهذا فهذا الذى نهى عنه من الملامسة والمنابذة ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمنابذة يقتضى فساده وانما سمى بيع ملامسة ومنابذة لانه لاحظ له من النظر والمعرفة لصفاته الا اللمس أو أن يكون بيد صاحبه حتى ينبذه اليه واللمس لا يعرف به المبتاع ما يحتاج الى معرفته من صفات المبيع الذى يختلف ثمنه باختلافها ويتفاوت ومعنى ذلك ان البيع انعقد على هذا الشرط وأما لو أمكنه البائع من تقليبه والنظر اليه ولم يشترط عليه الامتناع من ذلك فاقتنع المبتاع بلمسه فانه لا يكون بيع ملامسة ولا يمنع ذلك صحة العقد وانما يمنعه ما قدمناه والله أعلم وقد قال فى كتاب محمد من باع ثوبا مدرجا فى جرابه فوصفه له وكان على أن ينشره فذلك جائز ينشره قبل البيع أو بعده ص ﴿ قال مالك فى الساج المدرج فى جرابه أو الثوب القبطى المدرج فى طيه انه لا يجوز بيعهما حتى ينشرا أو ينظرا الى مافى أجوافهما وذلك أن بيعهما من بيع الغرر وهو من الملامسة * قال مالك وبيع الأعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج فى جرابه والثوب فى طيه وما أشبه ذلك فرق بين ذلك الأمر المعمول به ومعرفة ذلك فى صدور الناس وما مضى من عمل الماضين فيه وأنه لم يزل من بيوع الناس الجائزة والتجارة بينهم التى لا يرون بها بأسا لان بيع الاعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر وليس يشبه الملامسة ﴾ ش وهذا على ما قال ان الثوب المدرج فى جرابه كالساج وما أشبه مما يصان بغلاف أو جراب يكون فيه فلا يظهر شئ منه أو الثوب القبطى الذى درج على طيه وان ظهر ظاهره فانه لا يجوز بيعهما بالصفة قاله ابن المواز عن مالك ويخالف ذلك بيع الاعدال على البرنامج بان بيعها على ذلك جائز قال ابن حبيب لكثرة ثياب الاعدال وعظم المؤنة فى فتحها ونشرها ويصح الفرق بينهما من وجهين أحدهما أن يكون الساج المدرج فى جرابه والثوب القبطى المدرج فى طيه يمنع المبتاع من نشرهما ولا يوصفان له بصفتهما وانما يشترى كل واحد منهما على ماهو عليه دون صفة يلزمها البائع وبيع الاعدال على البرنامج انما هو بيعها على ما تضمنه البرنامج من صفتها المستوعبة لما يحتاج الى معرفته من صفاتها التى تختلف الأثمان والأعراض باختلافها فلذلك جاز بيع الاعدال على البرنامج لانه بيع على صفة ولم يجز بيع الساج فى الجراب والقبطى المطوى لانه بيع على غير صفة ولا رؤية (مسئلة) ولو كان على الصفة ومنع الرؤية فقد ذكر ابن سحنون فى رده على الشافعى ان الصفة تنوب عن ذلك واحتج بحديث أبى هريرة فى النهى عن بيع السلع لا ينظرون اليها ولا يخبرون عنها وروى ابن سحنون ان حبيبا سأل أباه عمن ابتاع مائة شاة أو مائتين أيجس جميعها فقال لا بد من ذلك الا أن يجس اثنين أو ثلاثة ثم يقول للبائع ان مالم أجس مثل ماجسست

فيكون كالبيع على الصفة وهذا يحتمل أن يكون قدرأى جميعها وتواصفا السمن فقط وفى كتاب ابن المواز فيمن باعكم اخفاف أو بز فلا بأس أن ينظر منها الى اثنين أو ثلاثة يريد بعد أن يعلما عددها فهذه غير مرئية على أنه يحتمل أن تكون مسئلة سحنون ومسئلة ابن المواز لم يكن ذلك بشرط وظاهر قول سحنون يقتضى الشرط والا فهو وفاق والله أعلم والوجه الثانى ان الاعدال تلحق المشقة والمؤنة باعادتها الى حالها ولا يكون ذلك فى غالب الحال الا بالأجرة وصانع يتولى ذلك والسائمون يتكررون وليس كل من يسوم وينظر الى المبتاع يشتريه فرب انسان لا يوافقه وآخر يوافقه ولا يبلغ ثمنه الذى يرضى البائع وترك المبتاع دون شد واعادة الى الحال الاولى تغيره وتذهب بجماله وتنقص من ثمنه فان ترك دون أن يعاد الى الشد تغير وان أعيد الى الشد بعد رؤية كل مساوم له وربما تكرر ذلك وطال لحقت بذلك مشقة وعظمت المؤنة والنفقة فلهذه الضرورة جاز أن تقوم الصفة مقام رؤية المبتاع والنظر اليه وليس كذلك الثوب المدرج فى جرابه وان اخراجه منه ونظره اليه ورده فيه ليست فيه مشقة ولما جرت العادة أن يعمل ذلك بأجرة فلا تلحق فيه نفقة وان طال ذلك وتكرر فلم يجز أن ينتقل عن بيعه على الرؤية الى بيعه على الصفة لغير ضرورة لانه ليس فى ذلك غرض غير مجرد الغرر وذلك جائز يمنع صحة العقد وذلك بمنزلة أن يبيع رجل من رجل ثوبا بيده لا مضرة فى نشره وتقليبه على الصفة دون الرؤية لم يجز ذلك لانه لا يجوز الانتقال من الرؤية الى الصفة الا لضرورة والله أعلم

﴿ بيع المرابحة ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى البز يشتريه الرجل ببلد ثم يقدم به بلدا آخر فيبيعه مرابحة انه لا يحسب فيه أجر السماسرة ولا أجر الطى ولا الشد ولا النفقة ولا كراء البيت فأما كراء البز فى حملانه فانه يحسب فى أصل الثمن ولا يحسب فيه ربح الا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله فان ربحوه على ذلك كله بعد العلم به فلا بأس به * قال مالك فاما القصارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك فهو بمنزلة البز يحسب فيه الربح كما يحسب فى البز فان باع البز ولم يبين شيأ مما سميت انه لا يحسب له فيه ربح فان فات البز فان الكراء يحسب ولا يحسب عليه ربح فان لم يفت البز فالبيع مفسوخ بينهما الا أن يتراضيا على شئ مما يجوز بينهما ﴾ ش قوله ان من قدم بمتاع فباعه مرابحة لا يحسب فيه أجر السماسرة ولا أجر الطى ولا الشد ولا النفقة ولا كراء بيت يريد بأجر السماسرة من كلفة شراء المتاع وكذلك أجر طيه وشده اعدالا ونفقة التأجير وكراء بيته قال ابن حبيب وكراء ركوبه لا يحسب شئ من ذلك فى ثمن المتاع دون أن يبين وذلك بان يقول قامت على بكذا ولو بين وقال لا بيع مرابحة الا أن أعدها فى الثمن وآخذ له ربحا لجاز ذلك

(فصل) وأما كراء البز فى حمله فانه يحسب فى أصل الثمن ولا يحسب فيه ربح الا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله يريد ان حمل البز من بلد ابتياعه الى بلد بيعه مما يحسب فى ثمنه ولا يجعل له حصة من الربح فيما باع لربح للعشرة أحد عشر وهذا حكم نفقة الرقيق فى ذلك الا ان يبين ذلك فيكون على ما شرط وذلك جائز

(فصل) وقوله القصارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك قال فى الواضحة والفتل والكماد والتطوية وقال غيره والطراز فهو بمنزلة البز يحسب له الربح كما يحسب للبز فجعل ذلك على ثلاثة أقسام قسم

﴿ بيع المرابحة ﴾

* حدثنى يحيى قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى البز يشتريه الرجل ببلد ثم يقدم به بلدا آخر فيبيعه مرابحة انه لا يحسب فيه أجر السماسرة ولا أجر الطى ولا الشد ولا النفقه ولا كراء البيت فأما كراء البز فى حملانه فانه يحسب فى أصل الثمن ولا يحسب فيه ربح الا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله فان ربحوه على ذلك كله بعد العلم به فلا بأس به * قال مالك فأما القصارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك فهو بمنزلة البز يحسب فيه الربح كما يحسب فى البز فان باع البز ولم يبين شيأ مما سميت انه لا يحسب له فيه ربح فان فات البز فان الكراء يحسب ولا يحسب عليه ربح فان لم يفت البز فالبيع مفسوخ بينهما الا أن يتراضيا على شئ مما يجوز بينهما

لا يحسب فى رأس المال ولا يقسم له من الربح وقسم يحسب فى رأس المال ولا يقسم له من الربح وقسم يحسب فى رأس المال ويقسم له من الربح (فرق) والفرق بينهما أن ماليس له عين قائمة فهو على ضربين ضرب لا يتخذ بسبب البز غالبا وانما جرت العادة أن يتخذ لغيره كـكراء بيت ونفقة المتاع وكراء ركوبه وضرب جرت عادة المبتاع أن يباشره بنفسه ولا يستنيب فيه غالبا بأجرة كأجرة السمسار وهو أن يستأجره على أن يبتاع له المتاع وعلى أن يطويه له ويشده له لأن هذا مما جرت العادة أن يفعله التاجر لنفسه فالعوض عنه داخل فى ربح رأس المال فان استأجره هو من ينوب عنه فى ذلك لم يلزم المبتاع ذلك كما لو باشره بنفسه فأراد أن يحسب فى الثمن أجرته وكذلك نفقته وكراء بيته لأن العادة جارية أن يخزنه التاجر فى بيت سكناه فانما يعامل على المعتاد فلذلك لم يحسب فى شئ من ذلك ثمنه ولا ربحه وأما ماليس له عين قائمة ولكنه أمر يختص بالمبيع وعادته أن لا يكون ذلك الا بأجرة كـكراء حمله ونفقة الرقيق فهذا يحسب فى الثمن ولا حظ له فى الربح لأنه ليس له فى المبيع عين قائمة وأما ماله عين قائمة فى المبيع كالقصارة والخياطة والصبغ والطراز فهذا يحسب فى الثمن وله حظه من الربح لما كانت له عين قائمة كنفس المتاع وقد قال أبو محمد فان كان المتاع مما يعلم أنه لا يشترى الا بواسطة أو سمسار والعادة جارية بذلك فيحسب من رأس المال ولا يحسب له ربح لأنه ليس له عين قائمة قال وأما كراء المنازل فان كان اكتراها ليسكن فيها ويأوى اليها فالمتاع تبع ولا يحسب كما لا تحسب النفقة على نفسه وان كان اكتراه ليحرز فيه المتاع ولولا ذلك لم يحتج اليه فانه يحسب بغير ربح والله أعلم

(فصل) وقوله فان باع البز ولم يبين شيأ مما سميت أنه لا يحسب فيه ربح وفات البز فان الكراء يحسب ولا يحسب له ربح وان لم يفت فسخ بيعهما الا ان يتراضيا على شئ يريد انه انما يحمل على ماقاله مع الابهام فان لم يفت فسخ ذلك بينهما لأن المبيع لم يفت والبائع يقول لا أبيع الا بما سميت من الثمن والربح والمبتاع يقول لا أحسب فى رأس المال شيأ لم تجر به العادة ولا أجعل حظا من الربح لما لا حظ له منه فيفسخ ذلك بينهما أو يتفقا على أمر يجوز من أمر يرضى أحدهما بما شاء الآخر أو بغير ذلك ولو رضى البائع بحط مالا يلزم من الربح والثمن لزم ذلك المبتاع قاله سحنون فى كتاب ابنه (مسئلة) فان فاتت فقد قال مالك يحسب له على ماتقدم ذكره وقال سحنون فى كتاب ابنه على المبتاع القيمة الا أن يكون أكثر من الثمن الاول فلا يزاد أو أقل من الثمن بعد طرح ماذكرنا فلا ينقص وجه قول مالك ان هذا لم يصرح بالكذب ولا فى لفظه انه اعتمده وانما أبهم لفظه ولذلك حكم فى الشرع برده اليه مع الفوات لأن ذلك حكمه اللازم فذلك أحق به من القيمة واذا لم تفت كان له أن يمتنع منه لاحتمال لفظه وليس كذلك الزيادة فى الثمن فانه تصريح بالكذب ولم يأت بلفظ له عرف فى الشرع وحكم مختص به فيرد اليه فلذلك رد فى الفوات الى القيمة وجه القول الثانى ان هذا قد أظهر من الثمن مالم يثبت له بالعقد فرد الى القيمة كما لو زاد فى الثمن (مسئلة) والزيادة فى البيع على المرابحة على وجهين أحدهما أن تكون زيادة مضافة اليه والثانى أن تكون الزيادة من نمائه فأما الزيادة المضافة فقد تقدم ذكرها وأما الزيادة بالنماء فعلى ضربين زيادة فى العين وزيادة فى القيمة فأما الزيادة فى العين فمثل سمن الحيوان وولادته وانمار الشجر ونبات الصوف على الغنم وحدوث اللبن فى الانعام واستغلال كراء الدور والارضين والرقيق فأما السمن فلم أر فيه نصا لأصحابنا وعندى أنه ان لم تقترن به حوالة أسواق ويمضى من طول الزمان مالا يخلو من حوالة الاسواق فانه يجوز بيعه

مرابحة ويحتمل على منعه بيع المرابحة لزيادة القيمة ان يمنع أيضا ذلك والله أعلم (مسئلة) وأما الولادة فقد قال ابن سحنون فى الذى يشترى الجارية فتلد عنده فيبيعها مرابحة ولا يبين أن للمبتاع الرد أو التماسك وحجته ان أسواقها قد حالت عند البائع ولم يبين ومعنى ذلك أن بيع المرابحة لا يجوز عند مالك وأصحابه فيما قد حالت أسواقه الا بعد أن يبين ذلك فان بقيت السلعة عند المبتاع حتى حالت أسواقها لم يكن له أن يبيع مرابحة حتى يبين ذلك والامة اذا بقيت عند المبتاع حتى ولدت فقد بقيت مدة حالت فيها أسواقها وذلك يمنع بيع المرابحة وقد قال سحنون فى الذى يبتاع غنما فتلد عنده لا يبيع حتى يبين لان الأسواق الى أن تلد تحول سواء باعها بولدها أو بغير ولدها وقال ابن القاسم فى المدونة ان ولدت الغنم عنده لم يبع مرابحة حتى يبين وان ضم اليها أولادها وهذا فى الغنم الكثيرة يتصور أن يقال لما تتكامل ولادتها حتى تحول أسواقها وأما الشاة الواحدة أو البقرة أو الناقة أو الأمة فان ولادتها قد تكون فى ساعة واحدة ولا تحول فى ذلك أسواقها فيجب على هذا جواز بيعها دون تبيين ان لم ينقص ذلك من ثمنها أو يريد ان الولادة المانعة من ذلك هى ما يكون ابتداء الحمل عنده والله أعلم (مسئلة) وأما إثمار الشجر وكراء الرقيق والدواب فقد قال ابن القاسم فى المدونة من اشترى حوائط واغتلها أعواما أو دوابا أو رقيقا أو دورا فاكترى ذلك كله زمانا اذا لم تحل الأسواق فلا بأس أن يبيع مرابحة ولا يبين الا ان يتطاول فيبين لانه لا يكاد أن يطول ذلك الا وتختلف الاسواق فاما اثمار الشجر واستغلالها أعواما فانه يحتمل انه يجوز ذلك فيها بعد الأعوام لان أسواقها لا تتغير الا فى أعوام كثيرة ولا يسرع التغيير اليها فى أنفسها وأما اجارة الدواب والرقيق فيحتمل أن يكون ذلك فى مدة لا تتغير فيها أسواقها غالبا وكذلك اختلاف الانعام (مسئلة) وأما جز أصواف الغنم فان لم يكن عليها صوف حين اشتراها فلا يجوز ذلك لانه لا يكون فيها الصوف الا مدة تتغير فيها الأسواق وان كان عليها صوف حين اشتراها فلا يجوز ذلك أيضا لانه قد قبض بعض ما اشتراه وباع الباقى مرابحة بجميع الثمن فلا يجوز ذلك حتى يبين قاله ابن القاسم فى المدونة (فرع) فان ولدت الاناث فباع ولم يبين فلا يخلو أن يبيعها و يمسك أولادها أو يبيعها مع أولادها فان باعها وأمسك أولادها ولم تفت فللمبتاع أن يحبس أو يرد وليس للبائع أن يعطيه الولد ويلزمه البيع لان البائع باع بعد ان حالت الاسواق ولم يبين قاله سحنون وان كانت الغنم فاتت وكانت أسواقها حالت الى زيادة فلا يزاد فيها ويمضى البيع وان حالت بنقصان قال سحنون هى كمسئلة الكذب وان باعها مع الأولاد وكذلك أيضا للمبتاع الخيار لحوالة الأسواق على أصلهم وان فاتت فعلى حسب ما تقدم وان كانت أمة فباعها دون الولد فالولد فيها عيب فللمبتاع الرد وان حالت الأسواق ونقصت نقصا خفيفا لانها لا تفوت بالرد بالعيب ولو رضيا بذلك أجبرا على جمعهما فى ملك واحد ولو فاتت بعتق فان حط قيمة العيب والا فعلى المبتاع قيمتها معيبة ما لم يجاوز الثمن بعد الغاء قيمة العيب وربحه فلا يزاد أو ينقص عن ذلك فلا ينقص قال الشيخ أبو محمد هذا الذى ذكره ابن سحنون مرجعه الى أن يحط عنه حصة العيب وربحه نحو ما ذكره ابن عبدوس ولا تأثير للقيمة فى هذا ولو باعها مع ولدها فلم يبين له انه حدث عنده فللمبتاع الرد أو الامساك بحوالة الأسواق فان فاتت عند المبتاع بزيادة أو نقصان وكانت أسواقها زادت عند البائع فلا قيمة فيها لان القيمة أكثر من الثمن ولا حجة للمبتاع فى عيب الولد لانه قد علم به وان كانت أسواقها نقصت فعلى ما تقدم وقال الشيخ أبو محمد قوله قد تبين عيب الولد حين باعه مع أمه لا يجزئه فى بيع المرابحة وانما حكمه أن يبين ان عنده ولدت فهو كالو زوجها وأخبر بالزوج ولم يبين انه عنده حدث والذى تقدم من أصل ابن عبدوس

أبين ربحه أن ابن عبدوس يقول ان فاتت لزم البائع أن يحط قيمة العيب وربحه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والوجه الذي أشار اليه الشيخ أبو محمد وجه ظاهر عندي وذلك ان من ابتاع سلعة فحدث عنده عيب ثم باع مرابحة وبين العيب ولم يبين انه حدث عنده فانه من باب الزيادة في الثمن لانه أظهر انه اشترى ما باع من السلعة بعشرة وهو انما اشترى بالعشرة ما باعه من السلعة وما تلف عنده بحدوث العيب فكأنه اشترى سلعتين بعشرة و باع احداهما مرابحة على انه اشتراها بعشرة فعلى هذا اذا فاتت السلعة تكون عليه القيمة الا أن تكون أقل مما يصير لها من الثمن وربحه بعد اسقاط قيمة العيب وربحها فلا ينقص من ذلك أو يكون أكثر مما يصير لها من الثمن وربحه دون الغاء قيمة العيب وربحها والله أعلم

(فصل) وأما زيادة القيمة فهي حوالة الأسواق بالزيادة ففي المدونة عن مالك فيمن اشترى سلعة فحالت أسواقها لا يبيع مرابحة حتى يبين وان زادت الأسواق لأن الناس في الطرى أرغب وظاهر المذهب على المنع من ذلك وان زادت أسواقها وانما جاز أن يراعى اختلاف الأسواق من لا يراعى اختلاف العين بالزيادة لانه انما يبيع على شرائه والشراء يختص بحوالة الأسواق دون زيادة العين ونقصها ووجه آخر وهو ان بقاء السلعة مدة طويلة يدل على غلاء شرائها وعلى زهد الناس في عينها فان حالت أسواقها الى زيادة وتعذر بيعها مع ذلك مع تعريضها للبيع فذلك أدل على الزهد في عينها وان المبتاع لها قد غلط في قيمتها واذا اطلع على هذا من حالها لم يجز له أن يكتم عن بائعه اياها مرابحة لانه داخل ابتياعه فيجب له أن يعرف من صفته ما عرفه بعد بائعه والله أعلم (مسئلة) اذا قلنا ان حوالة الأسواق تمنع بيع المرابحة فان حالت في القرب الى نقص فلا يبيع مرابحة حتى يبين وان حالت بزيادة قال ابن حبيب ليس عليه أن يبين وقال ابن القاسم في الزيادة أعجب الى أن لا يبيع حتى يبين ولم يفصل بين قرب المدة وطولها وقد أشار الى ذلك بقوله لان الناس أرغب في الطرى وجوز ابن حبيب ذلك في القرب قال ابن حبيب فان طال لبثها عنده فليبين حال سوقها أولم يحل فجعل المانع طول اللبث أو التغير الى النقص قال فان لم يبين فللمبتاع رد المبيع فان فاتت رد القيمة (مسئلة) وهذا في زيادة العين والقيمة فأما النقص من ذلك فانع من البيع الا أن يبين وقد قال مالك فيمن باع جارية فذهب عنده ضرسها أو أصابها عيب لا يبيع مرابحة حتى يبين فان وقع ذلك فللمبتاع الرد أو الامساك مالم تفت فان فاتت فعلى ما تقدم (مسئلة) فاذا حدث النقص من انتفاع البائع به مثل أن تكون جارية فيفتضها أو ثوبا فيلبسه أو دابة فيسافر عليها فقد قال ابن سحنون وابن عبدوس ان باع الجارية ولم يبين انه افتضها فحطه البائع ما ينوب الافتضاض وربحه فلا حجة له قال ابن عبدوس بخلاف العيوب لان من باع جارية فليس عليه أن يبين انها بكر وانما حجة المبتاع ان البائع زاد في الثمن فهي بالبيع الفاسد أشبه ويفيتها حوالة الأسواق فان فاتت بحوالة الأسواق فالمبتاع مخير بين أن يأخذ من البائع قيمة الافتضاض وربحه وبين أن يسترجع الثمن وعليه قيمتها مفتضة يوم قبضها مالم يزد على الثمن الأول أو ينقص عنه بعد طرح قيمة الافتضاض وربحه قال ابن عبدوس وأصل جوابها لأشهب ومثلها لابن القاسم في المشترى لغنم عليها صوف فجز أصوافها و باع مرابحة ولم يبين واشترى ثوبا فلبسه أو دابة فسافر عليها ولم يبين لان ذلك نقص وليس بعيب ومعنى ذلك ان المبتاع قد رأى الغنم مجزوزة ورأى الثوب ملبوسا والدابة قد عجفت ولم يعلم ان ذلك حدث عند البائع منه واعتقد انه اشتراها على ذلك وانما معنى المسئلة للزيادة عليه في الثمن لان الثمن الذي عرف به كان ثمن ما بيع منه وما ذهب قبل ذلك عند البائع والله أعلم ص * قال مالك

في الرجل يشتري المتاع بالذهب أو بالورق والصرف يوم اشتراه عشرة دراهم بدينار فيقدم به بلدا فيبيعه مرابحة أو يبيعه حيث اشتراه مرابحة على صرف ذلك اليوم الذي باعه فيه فانه ان كان ابتاعه بدراهم وباعه بدنانير أو ابتاعه بدنانير وباعه بدراهم وكان المتاع لم يفت فالمبتاع بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه فان فات المتاع كان للمشتري بالثمن الذي ابتاعه به البائع ويحسب للبائع الربح على ما اشتراه به على ما ربحه المبتاع ﴾ ش قوله في الذي يشتري المتاع بالذهب والصرف على قدر ما ثم يبيعه والصرف على غير ذلك القدر مرابحة هذا السؤال يحتمل وجهين أحدهما أن يشتري بذهب ويبيع بذهب وقد اختلف الصرف في وقتي البيع والشراء فهذا لا يمنع صحة البيع مرابحة ولا يحتاج الى بيان والثاني ما أجاب عنه وأن يبتاع بذهب فيبيع بورق أو يبتاع بورق فيبيع بذهب وهذه المسئلة التي أجاب عنها فهذا لا يجوز أن يبيع مرابحة حتى يبين سواء تغير الصرف أو لم يتغير لانهما جنسان تختلف الأغراض فيهما فان وقع ذلك فالمبتاع بالخيار بين الأخذ والرد ما لم يفت وليس للبائع أن يلزمه اياه بما نقد فيه لان المبتاع لم يرد الشراء بهذه العين وانما اشترى بغيرها لكنه يثبت له الخيار لما ظهر من ان البائع ابتاع بغير ما أظهر اليه وان فاتت السلعة فقد قال مالك ما ثبت في الأصل انها للمشتري بالثمن الذي ابتاعها به وقد قال في كتاب ابن المواز الا أن يجيء أكثر مما رضي به ولم يجعل مالك في هذا قيمة كما فعل في مسئلة الزيادة في الثمن وحوالة الأسواق في مثل هذا فوت وقال مالك في المدونة ان شاء ضرب الربح على ما هو الأفضل للمشتري (مسئلة) ومن اشترى بعين فدفع في ذلك عرضا أو باع بعرض فدفع عينا فانه يجوز له اذا بين أن يبيع مرابحة على أيهما شاء عند ابن القاسم يبيع على عرض بصفة أو طعام ولا يجوز أن يبيع على قيمة وقال أشهب لا يبيع على عرض ولا طعام موصوف لانه من بيع ما ليس عنده ولا يجوز أن يثبت في الذمة طعاما معجلا ببيع وجه ما قاله ابن القاسم عندي انه يحتمل أن يكون العرض الذي ابتاع به البائع مرابحة مثله عند المبتاع فلذلك جاز أن يبيع منه به وقال بعض المغاربة انما جاز ذلك لانه لم يقصد بيع ما ليس عنده ويجري ذلك مجرى من ابتاع شقصا بمكيل أو موزون فان الشفيع يأخذ بمثله وان لم يكن عنده والأول عندي أظهر لان الشفعة حق ثبت له وله الأخذ به وليس للمشتري الامتناع منه فكان ذلك بمنزلة حق قد لزمه والشفعة حجة على قائل هذا القول لانه ليس بمكيل يأخذ الشفعة بقيمة دون مثله ولا يجوز في المرابحة أن يبيع على قيمة ثوبه الذي ابتاع به هذه السلعة والله أعلم (مسئلة) وان لم يبين لم يجز البيع على المرابحة وجوز أبو حنيفة ذلك وقال يبيع مرابحة قبل أن ينقد ثم ينقد بعد ذلك والدليل على ما نقوله أن بيع المرابحة انما هو على شراء البائع فاذا نقد على غير ما عقد به فلم يتم بيعه الا بما نقد وقد يكون ذلك أفضل للمشتري فيتوصل البائع الى عينه بما سمى من الثمن في العقد وقد نقد غيره وقد يكون ما عقد به أفضل وحابى هو فيما نقد فلا يلزم ذلك المشتري لان بيع المرابحة انما يتعلق ببيع المكايسة والاجتهاد دون بيع المحاباة فان وقع من غير بيان فعلى حسب ما تقدم (مسئلة) ولو أحال بالثمن لم يكن له أن يبيع مرابحة الا أن يبين قاله ابن القاسم فان باع فقد قال ابن القاسم في المدونة فمن ابتاع بأجل فباع مرابحة ولم يبين البيع مردود قال ابن حبيب ان شاء المبتاع وهذا خلاف القول الأول وقد روى ابن المواز ان لم يفت ينقض البيع وليس للمشتري امساكها فان فاتت فعليه قيمتها يوم قبضها بلا ربح وهو نحو ما في المدونة اذا فاتت وزاد ولا يضرب له الربح وان كانت قيمتها أقل مما باعها به قال ابن سحنون عن أبيه ان فاتت قوم

في الرجل يشتري المتاع بالذهب أو بالورق والصرف يوم اشتراه عشرة دراهم بدينار فيقدم به بلدا فيبيعه مرابحة أو يبيعه حيث اشتراه مرابحة على صرف ذلك اليوم الذي باعه فيه فانه ان كان ابتاعه بدراهم وباعه بدنانير أو ابتاعه بدنانير وباعه بدراهم وكان المتاع لم يفت فالمبتاع بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه فان فات المتاع كان للمشتري بالثمن الذي ابتاعه به البائع ويحسب للبائع الربح على ما اشتراه به على ما ربحه المبتاع

الدين بالنقد فان كان عشرة دنانير وكانت قيمته ثمانية دنانير فهي كمسئلة الكذب له قيمتها مالم تجاوز عشرة وربحها أو ينقص من ثمانية وربحها ويقتضي قوله هذا أنه موافق لقول ابن حبيب ان للبائع الرضا بالسلعة ان لم تفت وقد تأول قول ابن القاسم بعض شيوخنا المغاربة على ان المراد به اذا فاتت السلعة لانه فسخ القيمة التي وجبت بالنقد في أكثرمنها الى أجل وهذا ينحو الى ماقاله ابن حبيب غير ان رواية محمد تمنع هذا لانه قال ان لم تفت بنقص وليس للمشترى امساكها وقد حمل الشيخ أبو محمد مافي المدونة وكتاب محمد على وجه واحد وكذلك تأوله جماعة من القرويين وقد استوعبنا الكلام على هذه المسئلة في شرح المدونة وقد اختلف المتأخرون من أصحابنا المغاربة في هذه المسئلة فقال بعض القرويين انه سواء أخر بعد الشراء النقد أو اشترى على التأجيل وقال أبو محمد عبد الحق لم يجعلها ابن القاسم كمسئلة الكذب وليس هذا بالبين من قول ابن القاسم والله أعلم (مسئلة) ولو اشترى سلعا فباع بعضها مرابحة فلا يخلو أن تكون غير مكيلة ولا موزونة أو مما يكال أو يوزن فان كانت غير مكيلة أو موزونة كالثياب والحيوان فان كانت معينة لم يجز أن يبيع بعضها مرابحة حتى يبين قاله ابن القاسم في المدونة زاد ابن عبدوس وكذلك الرجلان يشتريان البز فيقتسمانه لا يبيع أحدهما مرابحة حتى يبين ووجه ذلك انه اذا شملهما عقد بيع فلا يختص بعضها بحصة من الثمن الا بعد التقويم والتقويم قد تدخله الزيادة والنقصان فلا يلزم ذلك المشترى حتى يبين له به وقد علل ابن عبدوس عن ابن القاسم بذلك ان من حجة المبتاع ان الجملة يرغب فيها فيزاد في ثمنها ألا ترى انه لو استحق جل صفقة لم يلزمه مابقي وكان يجب على هذا التعليل أن يكون له ذلك في المكيل والموزون والذي علل به ابن القاسم في المدونة ان الثمن يقسم على الثوبين بالقيمة وهو الذي قدمته وهو أظهر على قوله في المكيل والموزون وليس عليه أن يبين (فرع) فان لم يبين قال ابن عبدوس للمشترى الرد ان شاء مالم تفت فان فاتت فالقيمة يوم القبض مالم يجاوز الثمن الأول (مسئلة) فأما ان كان الثوبان في الذمة على صفة واحدة ففي المدونة عن ابن القاسم ذلك جائز ووجه ذلك انه لا يحتاج فيما يخص كل واحد منهما من الثمن الى تقويم لتساويهما في الصفة قال ابن القاسم ألا ترى انه لو وجد باحدهما عيب أو استحق رجع بمثله فأشبه المكيل والموزون والمعين لا يرجع بمثله (مسئلة) وان كان مما يكال أو يوزن في العتبية في طعام أو غيره ففي المدونة يجوز أن يبيع بعضه مرابحة دون أن يبين ووجهه ماقدمناه من تساوي الثمن في التقسيط مع تساوي أجزائه وقد روى ابن القاسم في الذي يشترى المكيل فيجد باليسير منه عيبا أنه يلزمه أن يرد المبيع ويمسك السليم ان شاء ذلك البائع وان وجد العيب بالأكثر لم يلزمه ذلك لان له غرضا في الكثرة فكان يجب على هذا أن يكون ذلك حكم المكيل والموزون أو يفرق بين مسئلة الرد بالعيب والمرابحة في المكيل والموزون (مسئلة) فان ابتاع سلعة بجوز له فيها درهم زائف فعليه أن يبين ما انتقد فيها قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك ماقدمناه من ان نقده معتبر في بيع المرابحة كما يعتبر فيه مايعقد به واذا لم يبين أحد الأمرين فللمبتاع الخيار في ذلك على حسب ماتقدم (مسئلة) ولو وهبه المبتاع بعض الثمن فقد قال مالك في المدونة اذا وهبه مايشبه أن يكون وضيعة من الثمن لحط البائع ذلك عن المبتاع لزم المشترى البيع فان أبى البائع فللمشترى أن يأخذها بجميع الثمن أو يردها ولو كان انما وهبه من الثمن مالا يشبه أن يوضع عنه لأجل البيع مثل أن يهبه جميع الثمن أو نصفه لم يلزم البائع أن يحط شيأ من ذلك عن المشترى قال ابن القاسم فعلى هذا يبيع مرابحة ولا يبين والله أعلم (فرع) فاذا قلنا ان البائع مرابحة يحط

ماحط على وجه الوضيعة فقد قال سحنون يحطه ذلك دون ماله من الربح وقال أصبغ بل يحطه اياه
بما يقابله من الربح وجه قول سحنون ان البائع مرابحة انما يسقط عنه من الثمن قدرا ما فان حط
عن المبتاع منه ذلك القدر لزمه البيع وما يقابل ذلك من الربح فلم يتعلق به هبة فلا يلزمه اسقاطه ووجه
قول أصبغ ان ما يقابل الهبة من الربح انما يثبت له لأجل ما وضع عن المبتاع للهبة فيجب أن يحط عن
المشترى اذا حطت عنه الهبة كما يثبت عليه بثبوت ما تعلقت به الهبة ص ﴿ قال مالك واذا باع رجل
سلعة قامت عليه بمائة دينار للعشرة أحد عشر دينارا ثم جاءه بعد ذلك انها قامت عليه بتسعين دينارا
وقد فاتت السلعة خير البائع فان أحب فله قيمة سلعته يوم قبضت منه الا أن تكون القيمة أكثر من
الثمن الذى وجب له بالبيع أول يوم فلا يكون له أكثر من ذلك وذلك مائة دينار وعشرة دنانير وان
أحب ضرب له الربح على التسعين الا أن يكون الذى بلغت سلعته من الثمن أقل من القيمة فيخير فى
الذى بلغت سلعته وفى رأس ماله وربحه وذلك تسعة وتسعون دينارا ﴾ ش وقوله وان باع رجل سلعة
قامت عليه بمائة دينار يريد قامت عليه بابتياع مكايسة واجتهاد لان بيع المرابحة مخصوص بما ملكه
البائع بذلك دون ما ملكه بميراث أو هبة أو صدقة فان ملكه بشئ من ذلك لم ينبغ له أن يبيع مرابحة
وكذلك ان اشتراها رجاء فى ذلك لم يجز له أن يبيع مرابحة حتى يبين وقد قال ابن القاسم فى المدونة
من اشترى جارية بعشرين فباعها بثلاثين فأقال منها المشترى لم يجز له أن يبيع مرابحة الا على
العشرين لانه لم يتم البيع بينهما وقال مالك فى العتبية وان أقالك من سلعته فلا يبيع مرابحة على
ثمن الاقالة حتى تبين فتفسير ابن القاسم على احدى الروايتين فى الاقالة انها نقض بيع وأما على
قولنا انها بيع مبتدأ فلا يجوز أيضا أن يبيع مرابحة لان الاقالة من عقود المكارمة والمسامحة فلا
يجوز أن يباع مرابحة ما ملك على هذا الوجه لما قدمنا من أن بيع المرابحة مخصوص بما ملك على وجه
الاجتهاد والمكايسة (مسئلة) ولو باع رجل من رجل سلعة بربح درهم ثم اشتراها منه بربح درهمين
جاز أن يبيع مرابحة ولا يبين قاله ابن القاسم فى العتبية وهذا بخلاف الاقالة لان ابتياعه للسلعة بربح
من عقود المكايسة وهذا منها ولا يمتنع أن يبيعها بربح ثم يرى ان اشتراها بأكثر من ذلك الثمن وجه ربح
لحوالة الأسواق أو لزيادة فى عينها أو لغير ذلك ومن الواضحة اذا أقاله بزيادة أو نقصان أو اشتراها
بربح فلا يبيع مرابحة على الثمن الآخر حتى يبين قاله مالك (مسئلة) ومن تأبضع فى سلعة اشتريت
له ففى العتبية عن مالك له أن يبيع ولا يبين قال سحنون يلزمه أن يبين وجه قول مالك ان رضاه بما
اشترى له حين رآه لا يخلو أن يكون لما رأى فى ذلك من الغبطة وانه لا غبن عليه فيها أو رأى الغبن فيها
ورضيها الغرض له فيها فان رأى أنه لا غبن عليه فيها ورضيها فهو كشرائه لها لا يبيع حتى يبين لما فى ذلك
من المحاباة لانه قد كان له أن يردها على من تولى شراءها وجه قول سحنون ما احتج به من أن للمشترى
أن يقول انما رضيت باجتهادك وميزك فلا أرضى بما تناول غيرك شراءه

(فصل) وقوله فى الذى يبيع سلعة مرابحة قامت عليه بمائة للعشرة أحد عشر ثم جاء بعد ذلك انها
قامت عليه بتسعين يحتمل أن يريد بذلك ان البائع غلط وظن انها قامت عليه بمائة فباع بذلك ثم جاءه
العلم بأنه قامت عليه بتسعين و يحتمل أن يريد بذلك ان البائع قال قامت عليه بمائة ثم جاء المبتاع العلم
بأنها قامت عليه بتسعين ولا يخلو أن يكون هذا الخبر ورد قبل أن تفوت السلعة أو بعد أن فاتت فان
كان ذلك قبل أن تفوت فللمبتاع أن يأخذها بجميع الثمن فيلزم ذلك البائع أو يردها فيلزم ذلك
البائع وليس للمبتاع أن يقول آخذها بتسعين وربحها الا أن يرضى البائع قاله ابن القاسم فى المدونة

قال مالك واذا باع رجل سلعة
قامت عليه بمائة دينار
للعشرة أحد عشر ثم جاءه
بعد ذلك انها قامت عليه
بتسعين دينارا وقد فاتت
السلعة خير البائع فان
أحب فله قيمة سلعته يوم
قبضت منه الا أن تكون
القيمة أكثر من الثمن
الذى وجب له به البيع
أول يوم فلا يكون له
أكثر من ذلك وذلك مائة
دينار وعشرة دنانير وان
أحب ضرب له الربح على
التسعين الا أن يكون الذى
بلغت سلعته من الثمن
أقل من القيمة فيخير
فى الذى بلغت سلعته وفى
رأس ماله وربحه وذلك
تسعة وتسعون دينارا

واحتج لذلك بأنه ليس للمبتاع أن يأخذها بالثمن الصحيح وربحه وهي لم تبلغ منه بذلك وللبائع أن يلزم ذلك المبتاع بالتسعين وربحها فيلزمه ذلك (فرع) وأيهما يبدأ بالتخيير قال سحنون ان لم تفت بدىء المبتاع بالخيار بين أن يرد أو يحبس بجميع الثمن فان رد خير البائع بين أن يرد أو يحط الكذب وربحه فيتم البيع قال ابن عبدوس والفرق بين هذا وبين العيب يجده المبتاع فيحط عنه قيمته البائع ان ذلك لا يلزم المبتاع ان العيب قائم بعد الحطيطة ولا يبقى بعد حطيطة الكذب شئ يكرهه المبتاع من السلعة ويصير كالعيب يذهب

(فصل) وقوله فان فاتت السلعة خير البائع فان أحب فله قيمة سلعته يوم قبضها منه وقد روى علي بن زياد عن مالك في المدونة قيمتها يوم باعها قال ابن القاسم يوم قبضها المبتاع فعلى هذا يحتمل أن يكون ابن القاسم راعى القيمة يوم القبض يؤيد ذلك انه روى عن مالك انه يشبه البيع الفاسد وعلى رواية علي بن زياد القيمة يوم العقد انه عقد صحيح وقد قال بعض الفقهاء انما حمل ذلك ابن القاسم على أن يوم القبض هو يوم العقد وقد قال ذلك في غير مسئلة فعلى هذا لا خلاف بين القولين في المسئلتين وتأويلهما وقد روى عن الشيخ أبي عمران رضي الله عنه ان ضمان السلعة قبل القبض من البائع وروى عنه من المبتاع وهو يرجح بين المقالتين وتأويلهما والله أعلم * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي تبين عندي ان هذا اللفظ غير مراعى وان يوم القبض هو يوم العقد قول مالك في الموطأ في مسئلة علي بن زياد فيمن اطلع على سلعة باعها مرابحة على زيادة في ثمنها قيمتها يوم قبضت بمثل قول ابن القاسم واذا قلنا بذلك فوجه واضح واذا قلنا ان ذلك على روايتين فوجه قول ابن القاسم انه بيع يفوت بحوالة الأسواق فاعتبرت فيه القيمة يوم القبض كالبيع الفاسد ووجه رواية علي بن زياد انه عقد عرا عن الفساد فاعتبر فيه القيمة بيوم العقد كسائر البيوع الصحيحة في الاستحقاق والرد بالعيب والله أعلم (مسئلة) وبماذا تفوت السلعة اتفق أصحابنا على أنها تفوت بالزيادة والنقصان وزاد ابن القاسم طرد مذهبه في تشبيه ذلك بالبيع الفاسد أنها تفوت بحوالة الاسواق والله أعلم وأما رواية علي بن زياد فظاهرها أنها من البيوع الصحيحة فلا تفوت بحوالة الأسواق وقد تأول عليه ذلك لما روى في المدونة عن مالك ان فاتت السلعة بنماء أو نقصان خير البائع ولم يذكر حوالة الأسواق وهذا التأويل ليس بالبين لانه قد روى عن مالك ما سمع منه وليس فيه نفي بغير ذلك الا عند من قال بدليل الخطاب في الأسماء وهو ضعيف وفي المدونة من قول ابن القاسم ان فوات السلعة في قول مالك ان ابتاع أو تذهب من يده أو يزيد في بدنها أو تنقص قيل له فان تغيرت الأسواق قال هو فوات أيضا فنص أولا على تغير العين وفواتها ولم يذكر حوالة الأسواق فلما سئل عن ذلك ألحقه بما تقدم ص * قال مالك وان باع رجل سلعة مرابحة فقال قامت علي بمائة دينار ثم جاءه بعد ذلك أنها قامت بمائة وعشرين دينارا خير المبتاع فان شاء أعطى البائع قيمة السلعة يوم قبضها وان شاء أعطى الثمن الذي ابتاع به على حساب ما ربحه بالغا ما بلغ الا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذي ابتاع به السلعة فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذي ابتاعها به لانه قد كان رضي بذلك وانما جاء رب السلعة يطلب الفضل فليس للمبتاع في هذا حجة على البائع بأن يضع من الثمن الذي ابتاع به على البرنامج * ش قوله ومن باع من رجل سلعة مرابحة على أنها قامت عليه بمائة ثم جاءه العلم أنها قامت عليه بمائة وعشرين فان كانت لم تفت روى علي بن زياد عن مالك في المدونة ان للمشتري رد الجارية أو يضرب له الربح على عشرين ومائة ووجه ذلك ان البائع قد تبين غلطه فلا يلزمه ذلك مع وجود

* قال مالك وان باع رجل سلعة مرابحة فقال قامت علي بمائة دينار ثم جاءه بعد ذلك انها قامت بمائة وعشرين دينارا خير المبتاع فان شاء أعطى البائع قيمة السلعة يوم قبضها وان شاء أعطى الثمن الذي ابتاع به على حساب ما ربحه بالغا ما بلغ الا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذي ابتاع به السلعة فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذي ابتاعها به لأنه قد كان رضي بذلك وانما جاء رب السلعة يطلب الفضل فليس للمبتاع في هذا حجة على البائع بأن يضع من الثمن الذي ابتاع به على البرنامج

سلعته قائمة ولا يلزم المبتاع ما ظهر من الثمن الذي لم يرض به فكان له الخيار في ذلك (مسئلة) فان
فاتت فقد قال في الموطأ أن شاء أعطى البائع قيمة السلعة يوم قبضها وان شاء أعطى الثمن الذي ابتاع به
ريد المائة وعشرين على حساب ما ربحه بالغا ما بلغ الا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذي ابتاع به
ريد الا أن تكون القيمة أقل من الثمن الاول وهو المائة فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذي
ابتاعها أي بلفظ التخيير وليس هناك تخيير وانما هو على سبيل المجاز الا أن يكون بمعنى الندب للمبتاع
أن يبلغ البائع الثمن الذي ظهر وربحه ولا ينقصه منه شيأ وان كانت قيمة السلعة أقل من ذلك ومعنى
لفظ المدونة في رواية على بن زياد أن للمشترى أن يعطى البائع القيمة الا أن تكون أقل من الثمن
الذي اشتراها به وهي عشرة ومائة فلا ينقص منه أو يكون أكثر من ضرب الربح على رأس المال وهو
مائة وعشرون فلا يزاد عليه ووجه ذلك ان السلعة لما فاتت ولم يتقدم فيها عقد سالم يلزم بمجرده دون
الفوات كان بدل تلك السلعة قيمتها كالبيع الفاسد فان قصرت القيمة عن الثمن الأول أو ربحه فلا
ينقص منه لان المبتاع قد كان رضى به دون أن يظهر ما ظهر من زيادة الثمن فلا حجة له وان كانت
القيمة أكثر من الثمن الذي ظهر وربحه فلا حجة للبائع لانه قد كان رضى أن يبيعه بأقل من هذا وهو
يعتقد أن ذلك ثمنه فان أعطى الثمن الذي ظهر وربحه فلا حجة له فان المشترى يقول لم أكن أريد
أن أشترى هذه السلعة بقيمتها والله أعلم ومن اشترى ثوبا بعشرة فغلط البائع فدفع اليه ثوبا بخمسة
عشر فلبسه حتى أبلاه ففي الموازية والعتبية أشهب عن مالك ان قطعه المبتاع فهو له بثوبه وقال ابن
ميسر لربه أخذه مقطوعا دون غرم شئ وكذلك ان دفعه اليه رسوله ووجه ذلك ما قاله في العتبية ان
للمبتاع أن يقول أردت ثوبا بعشرة ولم أرد ثوبا بخمسة عشر فيحتمل أن تكون مسئلة المرابحة
ومسئلة العتبية مسئلة واحدة فيهما روايتان ويحتمل أن يفرق بينهما بأن رواية على انما هي في مسئلة
المرابحة ورواية أشهب في مسئلة مساومة (فرق) والفرق بينهما أن بيع المرابحة انما باعه على أن يربح
في كل عشرة دينارا فاذا فات عنده الثوب بلبس أو قطع لم يجز أن يرجع على ذلك الا الى القيمة ما لم
ينقص عن الثمن الاول وربحه فلا ينقص منه لان المشترى قد رضى بذلك أو يزيد على الثمن الذي ظهر
آخرا وربحه فلا يزاد عليه لان هذا أقصى مطلب البائع وليس كذلك الذي باع مساومة فانه لم يدخل
على اشتراط ربح ولا نجاة عن خسارة وهذا كما تقول في الرجل يشترى نصف العبد بمائة ويشترى
رجل آخر نصفه الآخر بمائتين ويبيعانه مرابحة فان لصاحب المائة ثلث الثمن ولصاحب المائتين
ثلثا الثمن ولو باعا مساومة لكان الثمن بينهما نصفين (فرع) فاذا قلنا برواية على بن زياد فبماذا
يثبت ما ادعاه البائع قال ابن ميسر لا يصدق الا أن يعلم ذلك بقوم حضروا شراءه وأمر يستدل
عليه والثوب حاضر * قال القاضي أبو الوليد ومعناه عندي أن يرى من حال الثوب ما يدل على صدقه
وانه يشبه من الثمن ما دفعه عليه والله تعالى أعلم

البيع على البرنامج

ص * قال مالك الأمر عندنا في القوم يشترون السلعة البز أو الرقيق فيسمع به الرجل فيقول لرجل
منهم البز الذي اشتريت من فلان قد بلغتني صفته وأمره فهل لك أن أربحك في نصيبك كذا وكذا
فيقول نعم فيربحه ويكون شريكا للقوم مكانه فاذا نظر اليه رآه قبيحا واستغلاه * قال مالك ذلك
لازم له ولا خيار له فيه اذا كان ابتاعه على برنامج معلوم وصفة معلومة * ش قوله في أول المسئلة في

* البيع على البرنامج *
* قال مالك الأمر عندنا في القوم يشترون السلعة البز أو الرقيق فيسمع به الرجل فيقول لرجل منهم البز الذي اشتريت من فلان قد بلغتني صفته وأمره فهل لك أن أربحك في نصيبك كذا وكذا فيقول نعم فيربحه ويكون شريكا للقوم مكانه فاذا نظر اليه رآه قبيحا واستغلاه * قال مالك ذلك لازم له ولا خيار له فيه اذا كان ابتاعه على برنامج معلوم وصفة معلومة

القوم يشترون البز والرقيق فيبيعه على البرنامج يريد والله أعلم ان الرقيق غيب غيبة بعيدة يشق على المبتاع غالبا التوجه اليهم ولو كانوا حاضرين لم يجز ذلك لان النظر اليهم ممكن لا مشقة فيه فلا ينوب عنها الوصف وانما ينوب عنها اذا كان يمنع من النظر اليها مانع من بعد مسافة أو تغير طي وشد يلحق فيه مؤنة ونفقة ويؤدي ذلك الى تغيير نضارة الثوب وهيئته التي تزيد في ثمنه وقد روى ابن المواز عن مالك لا خير في أن يبيع جارية عنده في الدار حاضرة على الصفة قال محمد لأنه يقدر على النظر اليها ووجه ذلك أنه اذا لم تكن في النظر اليها مضرة وشرطا ترك ذلك فهو من بيع المنابذة الذي نهى عنه ومن بيع الغرر الذي لا يجوز اذا قصده البائعان أو أحدهما والله أعلم (مسئلة) فأما الثياب فيجوز ذلك فيها على وجهين أحدهما أن تكون غائبة والثاني أن تكون حاضرة مشدودة في اعدالها بحيث يشق حلها ويحتاج الى مؤنة في ردها الى شدادها مع ما يلحقها في الحل والشد وتكرار ذلك على كل مشتر يريد رؤيتها من الابتذال لها والاذهاب لكثير من حسنها ولا بد في الوجهين جميعا من تقدم رؤية أو صفة وروى جواز ذلك عن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف وقد منع من ذلك الشافعي في أحد قوليه وقال لا يجوز بيع عين غير مرئية وروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر والدليل على ما نقوله ان هذا بيع على الصفة فجاز في العين الغائبة أصله السلم المضمون في الذمة (مسئلة) اذا ثبت ما قلناه من انه يجوز بيع الاعيان الغائبة على الصفة فان البيع لازم وليس لهم رده وان استغلوه اذا فتحوا المتاع ما وجدوه على تلك الصفة خلافا لأبي حنيفة في قوله للمبتاع الخيار وان وجد المتاع على تلك الصفة والدليل على ما نقوله ان هذا بيع على صفة فوجب أن يكون لازما أصل ذلك السلم

(فصل) وقوله ان المتاع الذي اشتريته من فلان قد بلغني صفته وأمره فهل لك أن أربحك لفظ فيه اختصار ولا بد أن يتصل به أن يذكر له تلك الصفة وأما ان اقتصر على هذا القول لم يصح لأن للمبتاع أن يدعي من الصفة اذا نظر الى المتاع ما شاء ولم يقع بينهما بيع على صفة معينة فلم يجز ذلك

(فصل) وقوله ويكون شريكا للقوم مكانه يعني انهم كانوا جماعة شركاء اشتركوا في ذلك المتاع فباع منهم أحدهم حصته فصار المبتاع شريكا لسائر الشركاء بحصة من باع منه ويكون هذا حكمه بنفس العقد قبل فتح المتاع

(فصل) وقوله فاذا نظروا اليه فرأوه قبيحا واستغلوه ان ذلك لازم لهم دون خيار يريد انهم رأوه مع موافقة البرنامج من أقبح ما تقع عليه تلك الصفات التي تضمنها البرنامج وذلك انه على هذا دخل أن يلزمه كل ما وجدت فيه تلك الصفات فان الصفات قد تتفق ويكون بعضها أمثل من بعض ومثل هذا يعتري المرئي فقد يرى المتاع فيحسن عنده ثم يراه مرة أخرى فيقبح عنده ولا يثبت ذلك للمبتاع خيارا والله أعلم ص ﴿ قال مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز ويحضره السوام ويقرأ عليهم برنامجه ويقول في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية وكذا وكذا ريطة سابرية ذرعها كذا وكذا ويسمي لهم أصنافا من البز بأجناسه ويقول اشتروا مني على هذه الصفة فيشترون الاعدال على ما وصف لهم ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون * قال مالك ذلك لازم لهم اذا كان موافقا للبرنامج الذي باعهم عليه * قال مالك وهذا الامر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم اذا كان المتاع موافقا للبرنامج ولم يكن مخالفا له ﴾ ش وهذا على ما قال ان من قدم بأصناف من البز فيقرأ برنامجه على السوام ويذكر عددما في كل عدل من ثيابه وأجناسها وذرعها قال القاضي أبو

* قال مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز ويحضره السوام ويقرأ عليهم برنامجه ويقول في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية وكذا وكذا ريطة سابرية ذرعها كذا وكذا ويسمي لهم أصنافا من البز بأجناسه ويقول اشتروا مني على هذه الصفة فيشترون الاعدال على ما وصف لهم ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون * قال مالك ذلك لازم لهم اذا كان موافقا للبرنامج الذي باعهم عليه * قال مالك وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم اذا كان المتاع موافقا للبرنامج ولم يكن مخالفا له

محمـد ونوعها وثمنها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذى عندى أنه يجب عليه أن يذكر مع الثمن ما يجب أن يذكره من الصفات فى السلم فان وافق المتاع تلك الصفات لزم المبتاع وقال القاضى أبو محمـد فى بيع الاعيان الغائبة ان الذى يحتاج اليه من ذكر الصفات كل صفة مقصودة تختلف الاغراض باختلافها وتتفاوت الاثمان لأجلها وتقل الرغبة فى العين وتكثر بحسب عدمها ووجودها وهو نحو ما قدمناه

(فصل) وقوله ويقول اشتره منى على هـذه الصفة يريد والله أعلم على وجه المرابحة فأما ان باعه منهم على غير المرابحة ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا أحب ذلك وهـذا تدخله الخديعة

﴿ بيع الخيار ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبـه ما لم يتفرقا الا بيع الخيار * قال مالك وليس لهذا عندنا حـد معروف ولا أمر معمول به فيه * مالك أنه بلغه أن عبـد الله بن مسعود كان يحدث أن رسول الله صلى الله عليـه وسلم قال أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان كل واحـد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفـترقا اختلف العلماء فى تأويله فـذهب مالك الى أن المتبايعين هما المتساومان لأن المتبايعين انما يوصفان بذلك حقيقة حـين مباشرة البيع ومحاولتـه ولذلك روى عن النبى صلى الله عليـه وسلم أنه قال لا يبـع بعضكم على بيع بعض يريد والله أعلم لا يسم على سومه فعلى هذا يكونان بالخيار ما لم يفترقا بالقول ومعنى تفرقهما على هـذا كمال البيع باتمام الايجاب والقبول ويكون معناه ان تفرقهـما قد حصل بان استبد المبتاع بما ابتاعه والبائع بثمنه وقد يكون التفرق بالانحياز الى المعانى والتباين فيها قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الـكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة يريد والله أعلم تفرقهم فى الاديان ومباينة بعضهم لبعض فيها فعلى هذا يكون معنى الحديث المتساومين لهما الخيار ما لم يكملا البيع قال بهذا أبو حنيفة والنخعى وربيعة بن أبى عبد الرحمن وذهب ابن حبيب الى أن المتبايعين هما من قد وجـد منهما التبايع وانقضى بينهـما باتمام الايجاب والقبول وانهما قبل ذلك لا يوصفان بانهما متبايعان وانما يوصفان بانهما متساومان ومعنى ما لم يفترقا بالابدان فيكون معنى الحديث على ذلك انهما بالخيار بعد وجود الايجاب والقبول ماداما فى المجلس حتى يفترقا بان يزول أحدهما عن الآخر ويفارقه بذاته وبهذا قال الشافعى وهو مذهب عبـد الله بن عمر وسعيد بن المسيب والحسن البصرى والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة فلم يثبت فيـه خيار المجلس كالنـكاح

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا الا بيع الخيار يقتضى والله أعلم على تأويل مالك وأصحابه الا أن يشـترط أحدهما الخيار على صاحبه مدة مقررة يثبت مثلها فى المبيـع ولا يقدر الخيار بمدة فيقضى فيها بالواجب فيكون الاستثناء على هذا مما يقتضيه قوله انهما بالخيار ما لم يفترقا فانه لا خيار بينهـما بعد التفرق الا فى بيـع الخيار فكأنه قال حكم البيوع اللزوم بمجرد العقد الا البيـع الذى يشـترط فيـه الخيار فيثبت فيه الخيار على حسب ما شرط وبمعناه على تأويل ابن حبيب ان كل واحـد منهما بالخيار ماداما فى المجلس الا بيـع الخيار وذلك أن يقول أحدهما لصاحبه اختر الامضاء أو الرد فيختار فينقطع بذلك الخيار ويكون معـنى ذلك ان عقـد البيـع على

﴿ بيع الخيار ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليـه وسـلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبـه ما لم يتفرقا الا بيـع الخيار * قال مالك وليس لهـذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه * وحدثنى مالك أنه بلغه أن عبـد الله ابن مسعود كان يحدث أن رسـول الله صلى الله عليه وسـلم قال أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان

الخيار الا أن يوقف على قطع الخيار بعده واللفظ فى الاول أظهر من وجهين أحدهما ان بيع الخيار اذا أطلق فى الشرع فانه يفهم منه اثبات الخيار فيه لاقطعه والثانى أنه اذا قال له بعد كمال العقد أجز أو رد لا يجب أن يوصف بذلك البيع بانه بيع خيار لان قطع الخيار انما يطرأ بعد كمال العقد وعلى تأويل مالك يوصف بيعهما بانه بيع خيار لانه مشترط فيه ومنعقد على حكمه ‌(مسئلة) اذا ثبت ذلك فان مدة الخيار ثابتة فى الشرط وهى مختلفة باختلاف المبيع ولا يقصر على ثلاثة أيام خلافا لأبى حنيفة والشافعى والدليل على مانقوله ان هذا خيار يستحق به الرد فلم يقصر على ثلاثة أيام كخيار الرد بالعيب ‌(فرع) اذا ثبت ذلك فالخيار بالبيع بقدر ما يحتاج اليه من مدة النظر اليه والاختبار له والسؤال عنه مع تسرع استحالة المبيع وابطاء ذلك فيه ففى المدونة هو فى الدار الشهر ونحوه وفى الواضحة عن ابن الماجشون الشهر والشهران ووجهه انه يحتاج من النظر الى حيطانها وأسسها ومرافقها واختبار جيرانها ومكانها الى ما يحتاج فيه الى المهلة مع كونها مأمونة لاتسرع اليها الاستحالة ‌(فرع) وأما الرقيق فعن مالك فى المدونة الخمسة الأيام والجمعة وما أشبه ذلك وقال ابن المواز الأربعة أيام والخمسة ولا أفسخه فى عشرة أيام وأفسخه فى الشهر وأجاز ابن القاسم فى العبد عشرة أيام وروى ابن وهب ان مالكا أجازه فى الشهر وأباه ابن القاسم وأشهب وجه اجازته فى الشهر ان الرقيق ذو ميز ورب ماستر مافيه من الاخلاق والعيوب التى تزهد فيه ويستعمل ما يرغب فيه مدة فيجب أن يسرع فيه من مدة الشرط مالا يكاد أن يستر فيه أمره غالبا وان رام ستره ووجه قول ابن المواز انه يحتاج فيه الى الاختبار المدة الا ان التغير يسرع اليه فمنع ذلك طويل المدة والشهر مدة يتغير فيها غالبا ‌(فرع) وأما الدابة ففى المدونة يركب اليوم وما أشبهه ولا بأس أن يشترط السير عليها البريد والبريدين مالم يتباعد ذلك والفرق بينها وبين الرقيق انها لا تميز فتكتم أخلاقها وأحوالها ففى مثل هذه المدة يختبر حسن أخلاقها وسيرها ويحتمل أن يريد ركوب الدابة اليوم فى المدينة على حسب ما يركب الناس فى تصرفاتهم وسير البريد والبريدين لمن خرج من المدينة ليختبر بذلك تفاسيرها وصبرها فى حالها ۞ قال القاضى أبو الوليد ويحتمل عندى أن تضاف الى ذلك الليلة ليختبر أكلها وحالها فى وقوفها ووضع آلتها عليها ونزعها عنها ولا يشترط من ذلك أكثر مما يحتاج اليه فانما يسرع التغير اليها وقال أبو محمد عبد الحق انه يشترط الخيار فى الدابة اليوم والثلاثة كالثوب من غير ركوب وانما شرطه فى المدونة اليوم للركوب والله أعلم ‌(فرع) وأما الثوب ففى الواضحة يشترط فيه اليومان والثلاثة ووجه ذلك انه يسئل عنه أهل المعرفة به ولم يضيق عليه فى ذلك لانه يسرع اليه التغير ولا يشترط لباس الثوب وان شرط استخدام الرقيق وركوب الدابة لان اختبار الرقيق انما يكون بالاستخدام والتصرف واختبار الدابة بالركوب وأما الثوب فلا يختبر باللباس الا أن يشترط منه قدر ما يعرف به طوله أو قصره ‌(فرع) وأما الفاكهة كالبطيخ والقثاء والتفاح والرمان والخوخ فقد قال ابن القاسم فى المدونة ان كان الناس يستشيرون فى مثل هذا ففيه من الخيار بقدر الحاجة وهذا فيما يعرف بعينه كالثوب والدابة والدار والعبد فاما مالا يعرف بعينه كالمكيل والموزون والمعدود فان اشترط فيه خيار فلا يغيب المشترى على شئ منه قاله ابن القاسم وأشهب لانه قد يغيب عليه فيرد غيره مكانه قال أشهب لانه يصير تارة سلفا ان رده وتارة بيعا ان أبى رده ‌(فرع) وأما الخيار فى السلم فقد قال مالك يجوز فيه اليوم واليومان والثلاثة ووجه ذلك انه لمعنى السؤال والمشورة مع ان المعقود عليه لا يلحقه بذلك تغير فصار كالثوب وانما يمنع من كثيره لما فى ذلك من مشابهة الكالئ بالكالئ وذلك

مما يعفى عن يسيره دون كثيره (مسئلة) اذا شرط الخيار ولم يقرر المدة لم يبطل البيع وحكم في ذلك بمقدار ما تختبر به تلك السلعة في غالب العادة وقال أبو حنيفة والشافعي يبطل العقد والدليل على ما نقوله ان هذا الخيار له قدر في الشرع وذلك قدر الحاجة اليه في كل نوع من المبيع فاذا أخلا بذكره فقد دخلا على المعروف ألا ترى انهما لو زادا عليه لفسد العقد به ولم يثبت لهما ما زاداه

(مسئلة) اذا شرطا من مدة الخيار ما لا يجوز فقد قال سحنون فمن اشترى دارا بالخيار ثلاث سنين أو أربع سنين أو أجل لما يجوز له الخيار ترد الى صاحبها ولا تفوت بالبناء والغرس في مدة الخيار ان كان الخيار للبائع فان تباعد أجل الخيار المشترط يريد والله أعلم انقضى ومضى بعد مدة طويلة فالبناء فوت وعليه قيمتها يوم خروج وقت الخيار وروى ذلك العتبي عن سحنون وانما معنى ذلك أن بناء المبتاع في مدة الخيار والخيار لغيره لا يبطل حكم الخيار فيكون بمنزلة من بنى في ملك غيره ولو كان الخيار له فبنى لعد ذلك منه امضاء البيع فيكون بمنزلة من بنى بعد انقضاء مدة الخيار وذلك فوت وقد روى سحنون عن ابن القاسم فمن ابتاع حيوانا أو غيره على انه بالخيار أربعة أشهر فقبض المبيع فان مصيبته من البائع اذ لم يتم فيها بيع يريد والله أعلم انها تلفت في مدة الخيار وروى ابن سحنون عن أبيه فمن اشترى سلعة وشرط فيها الخيار سنة أو سنتين ان البيع فاسد وضمانها من المشترى من يوم قبضها وقال الشيخ أبو محمد ورواية العتبي عنه أحسن والله أعلم وجه رواية العتبي انه لم يقبض السلعة في مدة الخيار على وجه التمليك فلم يكن نماؤها ونقصانها له فلا تفوت بذلك عنده ولا يضمن ضياعها لانه لم يقبضها بذلك فاذا خرجت عن أيام الخيار فقد بقيت عنده على وجه التمليك فتفوت بما يحدث بعد ذلك من زيادة أو نقص ويكون ضمانها منه ووجه القول الثاني ما احتج به من انه قبضها بالبيع الفاسد وذلك مثل ما قال أصحابنا فمن باع سلعة على انه متى رد الثمن فهو أحق بسلعته وان رده الى خمس سنين أو أكثر مما لا يجوز الخيار اليه انه بيع فاسد والمشترى ضامن من يوم القبض وفرق بينه وبين المشترى بالخيار الى ما يجوز فيه الخيار ويشترط النقد فقال في هذا ضمانها من البائع وان قبضها المشترى الأن يقبضها بعد أجل الخيار لان الخيار ههنا صحيح لم يفسد به العقد (فرع) وما حدث بالمبيع من نماء في أمد الخيار فلا يخلو أن يكون من جنسه أو من غير جنسه فان كان من جنسه كالولد فقد قال ابن القاسم الولد في مدة الخيار للمشترى وقال أشهب هو للبائع وجه قول ابن القاسم انه نماء من جنس العين فكان حكمه حكمها كالسمن ووجه قول أشهب انه نماء منفصل كالمال يوهب للعبد في مدة الخيار فانه للبائع قال أشهب ان اختار المشترى البيع واتفقا على جمعهما في ملك والا نقض البيع ومن اشترى عشر جوار من مائة يختارهن فلم يختر حتى وضعن قال ابن القاسم هذا لا يكون له الخيار في أخذ الأمهات ويفسخ البيع من أجل التفرقة وقيل لا يفسخ والولد للبائع ويجمع بينهما في ملك أو يبيعان وهذا موافقة من ابن القاسم لأشهب وكان يجيء على قول ابن القاسم في المدونة انه يختار الأمهات وتكون أولاد ما اختار معها بمنزلة سمن أجسامها وقال أشهب فمن اشترى عشر شياه من مائة يختارها فولدت انه يختار الأمهات دون الأولاد قال أشهب وقد وضعت في ضمان غيره

(مسئلة) لا يجوز اشتراط النقد في بيع الخيار لانه تارة يكون بيعا ان اختار البيع وتارة يكون سلفا ان رد البيع ولا يجوز أن يشترط السلف للتخيير في بيع لان السلف من عقود المعروف التي تبطل المعاوضة اذا قارنتها كالبيع والسلف وقد أشار الى هذا سحنون وهو ظاهر في المدونة

(فرع) فان عجل النقد على الطوع بعد تقدم العقد جاز الا فى السلم قال ذلك الشيخ أبو محمد رحمه الله ووجهه ما احتج به من انه اذا تطوع بالنقد فيه ثم أراد الاجازة فسخ الثمن الذى تطوع بنقده فى المسلم فيه الى أجل وذلك لا يجوز لانه فسخ دين فى دين واذا كان الخيار فى بيع معين وتطوع بتعجيل النقد صرف الثمن الذى تبرع بتقديمه فى عين يتعجل قبضه والله أعلم (مسئلة) ومما يكون من المبتاع اجازة فى مدة الخيار أن يهب ما اشتراه بالخيار أو تكون جارية فيدبرها أو يكاتبها أو يؤجرها أو يعتقها أو يتصدق بها أو يطؤها أو يقبلها أو يباشرها فذلك كله اجازة عند ابن القاسم وذلك أن مثل هذا لا يفعله الانسان الا فيما يملكه فكان فعله له فيما يجوز له أن يتملكه تملكا كانتزاع مال عبده (فرع) فاذا جرد الجارية لينظر اليها فليس ذلك باختيار الا أن يجردها ملتذا بالنظر اليها أو ينظر الى فرجها فذلك رضى بها قاله ابن القاسم ولو كانت جارية فزوجها لكان ذلك منه رضا قاله ابن المواز قال وانما خالف أشهب ابن القاسم فى تزويج العبد وأما تزويج الأمة فهو رضا عندهما (فرع) ولو رهن العبد أو أجره أو زوجه أو أسلمه الى خباز أو طباخ أو كتاب أو ساوم به لكان اختيارا وكذلك لو قطع يده أو فقأ عينه أو ضربه بفعل ذلك عمدا فان فعله خطأ رد معه ما نقصه قال ذلك ابن القاسم فى المدونة وقال فى غيرها ويحلف ان اتهم وقال أشهب لا تكون الاجارة ولا الرهن ولا السوم بها ولا الجنايات ولا اسلامه الى الصناعات ولا تزويجه العبد اجازة منه بعد أن يحلف فى الاجارة والرهن وتزويج العبد وروى محمد عن أشهب انه يحلف فى هذه الوجوه كلها بالله ما كان منه هذا رضا بالعبد وجه قول ابن القاسم ان هذه كلها معان لا يفعلها الانسان من غير تعد الا فيمن تملكه فلا يحمل أمره على التعدى بل على عمل ماله فعله وهو الاجازة ووجه قول أشهب أن ما يفعل الانسان فيما لا يملكه على قسمين فمنه على وجه التعدى ومنه على وجه الاختبار كالمساومة وتسليمه فى الصناعات ليختبر قبوله لها ونفاذه فيها فلا يجوز أن يقضى عليه بمجرد فعله على انه أمضى البيع وهو يحتمل أن يكون فعله لاختيار المبيع (مسئلة) ولو كانت دابة فقطع ذنبها المبتاع أو ودجها أو غربها أو سافر بها فذلك كله اجازة منه للبيع قاله ابن القاسم قال ولو ركبها الى موضع قريب فهو على خياره لانه يقول ركبتها لأختبرها ولذلك شرط الخيار (مسئلة) ولو باع السلعة فى مدة الخيار فقد روى على بن زياد عن مالك لا ينبغى أن يبيع حتى يختار فان باع فليس بيعه اختيارا ولرب السلعة أن يجيز فيأخذ الثمن أو يرد البيع وفى الواضحة انه ان قال بعته بعد الرضا صدق مع يمينه وان قال بعته قبل ان أرضى فالربح للبائع منه ومثله لابن القاسم فى انه لا يكون البيع رضا وجه ذلك انه قد تعلق حق البائع منه بالربح الذى باع به فيقول انه لى لانك بعت قبل الرضا فالربح لى وهذه المسئلة مخالفة للمسائل المتقدمة لان هذه المسئلة البائع ينكر الرضا ويريد الرد وفى سائر المسائل البائع يدعى رضاه بالبيع ويمنع الرد لانه لا غرض فى شئ منها للبائع والله أعلم ولو كان يدعى عليه الرضا بالبيع للزمه ذلك لانه قد قال ان الرضا يثبت عليه بالمساومة والبيع فى ذلك أبلغ (مسئلة) ومن حجم العبد أو حلقه على المشط ففى الواضحة انه رضى به قال وكذلك لو جعل من يخضب يد الجارية أو يضفر رأسها بالغاسول الا أن تفعل ذلك الجارية بغير أمره فلا يكون رضى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان البيع فى مدة الخيار على ملك البائع كان الخيار للبائع أو للمبتاع أو لهما وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للمشترى وحده فقد خرج المبيع من ملك البائع ولم يدخل فى ملك المشترى وقال الشافعى ينتقل بنفس العقد وله قول آخر انه مراعاة والدليل على

مانقوله أنه ايجاب لايلزم البائع فلم ينتقل به الملك أصل ذلك اذا كان الايجاب لم يوجد فى القبول بعده (مسئلة) واذا هلك المبيع فى مدة الخيار بيد البائع فهو منه وان هلك بيد المبتاع ففى كتاب ابن حبيب ان كان مما لايغاب عليه فهو من ضمان البائع مع يمين المبتاع لقد ذهب من غيره فعليه وان كان مما يغاب عليه فهو من ضمان المبتاع اذا لم تقم بينة بضياعه ووجه ذلك انه قبضه لمنفعة نفسه مع بقائه على ملك بائعه فأشبه الرهن (فرع) و بماذا يضمن فى الواضحة يضمن بالثمن دون القيمة ووجه ذلك انه يتهم أن يغيب عليه و يدعى ضياعه ليأخذ بالقيمة وقد كان بائعه لايبيعه ولا يسلمه اليه بقيمة الا بما شرط من ثمنه ومتى قبضه على ثمن يصح ضمنه به كما انه اذا قبضه على غير ثمن لم يضمنه الا بالقيمة (مسئلة) خيار الشرط موروث و به قال الشافعى وقال أبو حنيفة ليس بموروث والدليل على مانقوله قوله تعالى ولكم نصف ماترك أزواجكم وهذا الحق مما ترك فوجب أن يكون للوارث ومن جهة القياس ان هذا خيار ثبت لاصلاح المال فوجب أن ينتقل بالموت الى الوارث كخيار الرد بالعيب (فرع) وان أغمى عليه لم يكن للسلطان ابطال خياره فى أيام الخيار فان تطاول ذلك نظر السلطان فان كان منه ضرر فسخ البيع وليس له الاجازة للمغمى عليه هكذا وقعت هذه المسئلة فى المدونة والموازية وروى ابن المواز عن أشهب ان للسلطان أن يجيز أو يرد فى مدة الخيار فان لم يفعل حتى مضت أيام الخيار لم يكن له نظر ورد البيع فيقع الخلاف بينهما فى مدة الخيار فوجه قول ابن القاسم ان المغمى عليه ليس للسلطان الحجر عليه ولا النظر فى ماله بالبيع والشراء أو الرد والامضاء لقرب مايرجى من افاقته وانما الحجر على من يطول أمره و يبعد وقت افاقته المدة الطويلة التى يخاف فيها ضياع ماله وجه قول أشهب انه لما تعذر على المغمى عليه النظر كان السلطان هو القائم عنه والآخذ له بما له أن يأخذ به لنفسه والله أعلم (مسئلة) اذا أراد من شرط الخيار لنفسه من المتبايعين أن يجيز أو يفسخ جاز له ذلك وان لم يحضر الآخر خلافا لأبى حنيفة فى قوله ليس له ذلك الا بمحضر الآخر والدليل على مانقوله ان من لم يفتقر حال العقد الى رضاه فانه لايفتقر الى حضوره كالأجنبى (مسئلة) ولو انقضت مدة الخيار ولم يختر من له الخيار فقد قال مالك وابن القاسم له أن يرد السلعة بعد مغيب الشمس من آخر أيام الخيار ومن الغد وقرب ذلك فان تباعد فليس له ردها قال مالك أرأيت ان من مرض أو حبس أيلزمه البيع قال أشهب وابن الماجشون اذا مضت الأيام بلياليها فلا رد له فان رد قبل غروب الشمس من آخرها فذلك له وجه القول الأول ان فى تحديد وقت الخيار نوعا من الغرر فقد يعوق العائق فى ذلك الوقت عن الالتزام أو الرد مع حاجته الى ذلك وما أثر الغرر فى البيع كان ممنوعا ولذلك منع فى السلم أن يريه حنطة ويسلم اليه فى مثلها ومن جوزه لم يلزم السلم اليه الا ما يكون حكمه حكمها لتعذر وجود مثلها ووجه القول الثانى ان اشتراط المدة يقتضى توقيتها والمنع من الزيادة عليها كأجل الدين وعهدة الثلاث (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فانه يعتبر فى ذلك ممن كانت السلعة فى يده بان كان الخيار للبائع والسلعة بيده حتى انقضت مدة الخيار وما يقرب منها فالسلعة له وليس له امضاء البيع ولو كانت بيد المشترى لنفذ البيع ولم يكن للبائع الرد وكذلك لو كان الخيار للمشترى أولهما على حسب هذا يكون الأمر فيه وهو معنى قول ابن القاسم فى المدونة ص ﴿ قال مالك فيمن باع من رجل سلعة فقال البائع عند مواجبة البيع أبيعك على أن أستشير فلانا فان رضى فقد جاز البيع وان كره فلا بيع بيننا فيتبايعان على ذلك ثم يندم المشترى قبل أن يستشير البائع فلانا ان ذلك البيع لازم لهما على ما وصفا ولا خيار للمبتاع وهو لازم له ان أحب الذى اشترط له البائع أن يجيزه ﴾ ش وهذا على ماقال ان

قال مالك فيمن باع من رجل سلعة فقال البائع عند مواجبة البيع أبيعك على أن أستشير فلانا فان رضى فقد جاز البيع وان كره فلا بيع بيننا فيتبايعان على ذلك ثم يندم المشترى قبل أن يستشير البائع فلانا ان ذلك البيع لازم لهما على ماوصفا ولا خيار للمبتاع وهو لازم له ان أحب الذى اشترط له البائع أن يجيزه

البائع له أن يشترط مشورة فلان وخياره وكذلك المبتاع خلافا لأحمد بن حنبل وأحد وجهي أصحاب الشافعي والدليل على ذلك ان الخيار وضع لتأمل المبيع واختباره وقد يكون هو ممن لا يبصر فيشترط خيار غيره أو يكون هو يبصر ويشترط استعانته به (فرع) وهذا اذا كان المشترط مشورته واختياره حاضرا أو قريب الغيبة وان كان بعيد الغيبة فسد البيع لانه معين يشترى على أن يستحق قبضه الى أجل بعيد وذلك غير جائز (مسئلة) فاذا باع البائع واشترط مشورة فلان فان ذلك يلزم المبتاع وللبائع أن يمضي البيع أو يرده قبل نظر فلان المذكور روى ابن المواز عن مالك انه قال كمن خلع وكالة وكيل وكذلك من ابتاع على أن يستأمر فلانا فقد قال مالك للمبتاع أن يرد البيع ولا يستأمر هذا وقوله كمن خلع وكالة وكيل فيه نظر لان الاستشارة ليس بمعنى التوكيل والتسليط على العمل وانما معنى المشاورة والاستشارة استعلام رأى المشير وماعنده في ذلك ثم العمل في ذلك للمستشير بموافقته له أو مخالفته الا أنه يحتمل أن يريد بذلك ان الوكيل الذى فوض اليه العمل خلعه فكيف بمن لم يفوض له شئ (مسئلة) وأما ان شرط البائع خيارا أجنبي فقد سوى ابن حبيب في واضحته بين المشورة والخيار وقال ان لمن شرط ذلك من المتبايعين الأخذ أو الرد دون الأجنبي رواه ابن المواز وروى ابن مزين عن ابن نافع انهما سواء ولا رد للمبتاع الا برأى من اشترط خياره أو مشورته كذا نقله الشيخ أبو محمد في نوادره والذى في كتاب ابن مزين عن يحيي بن يحيي عن ابن نافع في الذى يبيع السلعة ويستثنى أن يستشير فلانا فان أمضى البيع بينهما تم بيعهما فقال البيع لازم للبائع وللمبتاع ان أجازه الذى استثنى البائع نظره ولا ينفع أحدهما ندمه وهذا ليست فيه استشارة فقط بل قد جعل اليه الامضاء فهو أبلغ من أن يجعلا اليه الخيار والرضا وقد سوى في ذلك بين المتبايعين وروى أصبغ عن ابن القاسم انهما ان جعلا الى أجنبي الرد والامضاء انهما قد تخاطرا في ذلك ولا يعجبه وفي المدونة عن مالك في البائع يبيع على رضا أجنبي أو خياره فان رضى البائع أو فلان جاز البيع وهذا اللفظ يقتضى ان من أجاز منهما البيع جاز وعليه تأوله ابن لبابة وخالفه غيره في هذا التأويل وفي المدونة عن مالك انه فرق بين المشورة والرضا والاختيار في حق المبتاع فقال ان شرط المبتاع مشورة أجنبي جاز له أن يجيز دون المشاورة وان شرط رضاه أو على خياره فليس للمبتاع أن يرده ولا يجيزه حتى يرضى فلان وذكر القاضي أبو محمد ان البائع اذا شرط خيار أجنبي أو رضاه كان له الاختيار دون الاجنبي بخلاف المشترى يشترط ذلك فلا خيار للمشترى دون الأجنبي والفرق بينهما ان حال البائع أقوى لان المبيع باق على ملكه وله عزل من جعل الخيار اليه والمشترى لم يملك المبيع بعد ولم يوجب له فيه على اختياره انما شرط اختيار غيره فليس له عزل الغير عما لا يملك (فرع) ومن اشترى لغيره وشرط خيار حاضر أو غائب قريب الغيبة قال ابن حبيب له أن يجيز البيع دونه بخلاف الذى يشترى لنفسه وتوجيهه يقرب مما قدمناه ويتخرج على قول مالك وابن نافع أن خيار الأجنبي في ذلك غير لازم على ما تقدم

ص ﴿قال مالك الأمر عندنا في الرجل يشترى السلعة من الرجل فيختلفان في الثمن فيقول البائع بعتكها بعشرة دنانير ويقول المبتاع ابتعتها منك بخمسة دنانير أنه يقال للبائع ان شئت فاعطها للمشترى بما قال وان شئت فاحلف بالله ما بعت سلعتك الا بما قلت فان حلف قيل للمشترى اما أن تأخذ السلعة بما قال البائع واما أن تحلف بالله ما اشتريتها الا بما قلت فان حلف برئ منها وذلك ان كل واحد منهما مدع على صاحبه﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان المتبايعين اذا اختلفا في الثمن كان كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه وذلك ما لم يفت المبيع ويتقرر عليه اليمين وذلك على ثلاثة أحوال

قال مالك الامر عندنا في الرجل يشترى السلعة من الرجل فيختلفان في الثمن فيقول البائع بعتكها بعشرة دنانير ويقول المبتاع ابتعتها منك بخمسة دنانير انه يقال للبائع ان شئت فاعطها للمشترى بما قال وان شئت فاحلف بالله ما بعت سلعتك الا بما قلت فان حلف قيل للمشترى اما أن تأخذ السلعة بما قال البائع واما أن تحلف بالله ما اشتريتها الا بما قلت فان حلف برئ منها وذلك أن كل واحد منهما مدع على صاحبه

أحدها أن يختلفا قبل القبض والثانى أن يختلفا بعد القبض وقبل فوات السلعة والثالث أن يختلفا بعد فوات السلعة فاما ان اختلفا قبل أن يقبض المبتاع السلعة فهى المسئلة التى تكلم عليها مالك فى أصل الكتاب وقال انهما اذا اختلفا وقال البائع بعتكها بعشرة دنانير وقال المبتاع ابتعتها منك بخمسة دنانير فقال انه يبدأ بالبائع فيقال له ان شئت أن تسلمها للمبتاع بما قال والا فاحلف انك بعتها منه بعشرة دنانير فان حلف قيل للمبتاع خذها بما حلف عليه البائع والا فاحلف بأنك اشتريتها منه بخمسة فان حلف لم يلزم أحدهما ما حلف عليه الآخر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ووجه ذلك أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فلم يكن دعوى أحدهما بأظهر من دعوى الآخر لكن قدم البائع بالتخيير بين التسليم أو اليمين لان ملكه أقدم من ملك المبتاع والايجاب الذى من جهته قبل القبول الذى من جهة المبتاع فان حلف لم تكن يمينه يمينا يستحق بها ما حلف عليه وانما كانت يمينه يمينا تمنع المبتاع من استحقاق السلعة لما يحلف عليه ان حلف ويقوى دعواه انه انما باع بالثمن الذى ذكره فاذا اقترن به نكول المبتاع استحق بها الثمن الذى حلف عليه فاذا حلف المبتاع لم يستحق أيضا أخذ السلعة بما حلف عليه لان يمينه انما هى لمقاومة يمين البائع ولتقوى دعواه بمثل ما قوى به البائع دعواه بيمينه فاذا تكافأت اليمينان لم يكن قول أحدهما أولى من قول الآخر فينتقض البيع بينهما لان البائع اقتضت يمينه أن لا يخرج السلعة من يده بخمسة مثاقيل والمبتاع اقتضت يمينه أن لا يستحق عليه فى ثمنها عشرة مثاقيل فلم يبق الا فسخ ما بينهما (فرع) واذا قلنا يفسخ ذلك بينهما فقد قال سحنون ان بنفس التخالف ينتقض التبايع وفى النوادر قال محمد بن عبد الحكم اذا تحالفا ثم أراد البائع أن يلزم المشترى بما حلف عليه المشترى فذلك له وان شاء فسخ البيع وقال ابن القاسم فى المدونة الا أن يرضى المبتاع قبل الحكم بالفسخ بما قال البائع فذلك له وجه ما قاله سحنون ان الحلف اذا لزم من الجهتين وتعقبه فسخ كان ذلك لازما لا خيار فيه لأحد كاللعان ووجه ما قاله محمد بن عبد الحكم من أن الخيار للبائع بعد أيمانهما أن الخيار قد ثبت للبائع بنفس اختلافهما ولذلك خير قبل أن يحلف وليس فى أيمانهما ما يقطع خياره لان يمينه انما كانت لتقوى دعواه ويمين المبتاع لتقاوم يمين البائع وتمنعه من أخذ السلعة لما حلف عليه فبقى الخيار للبائع ونحرر من هذا قياسا فنقول ان هذا خيار للبائع ثبت باختلافهما فكان باقيا له ما لم يفسخ بيعهما أصل ذلك قبل تحالفهما ووجه قول ابن القاسم ان بيمين البائع قد انتقل الخيار الى المبتاع ولو أراد أن يمضى السلعة للبائع لما حلف عليه لكان له ذلك وهو معنى نكوله بل لا يعذر أن ينفصل عن هذا الا باليمين فاذا حلف كان له الخيار وذلك ان له أن يمضى البيع بما حلف عليه البائع كما كان له ذلك قبل يمينه وكان له رده لمقاومة يمينه يمين البائع وكان الخيار له دون البائع والله أعلم (مسئلة) ولو نكل البائع أولا انقلبت اليمين الى المبتاع فان حلف كانت السلعة بالخمسة التى حلف عليها وذلك انه قد قوى جنبته بيمينه ونكول البائع ولو نكل المبتاع أيضا قال القاضى أبو محمد اختلف فيه فقيل يترادان وقيل القول قول البائع وهذه الرواية الثانية هى رواية ابن حبيب وردت مجملة دون ذكر يمين وقد حملها قوم على أنها تلزم المبتاع لما قال البائع دون أن يحلف البائع * قال القاضى أبو الوليد والذى عندى أنه لا يكون ذلك للبائع الا مع يمينه لان يمينه الأولى لم تكن لاستحقاق ما يحلف عليه لان للمبتاع أن يسقط ذلك عن نفسه بيمينه فلما نكل عنها ثم نكل المبتاع بعده ثبت فى حقه يمين أخرى وهى اليمين التى يستحق بها ما حلف عليه ولا يكون للمبتاع اسقاط ذلك عنه بيمينه لانه قد ترك ما هو أقوى من هذه اليمين وهو أن يحلف ويأخذ

السلعة بالخمسة التي حلف عليها ولا يكون بمنزلة من ادّعى على رجل عشرة دنانير وأقام بذلك شاهدا فقضى له بيمينه مع شاهده فنكل فردت اليمين على المدعى عليه فنكل فانه يزن العشرة دنانير لنكوله دون يمين المدعى لان اليمين نكل عنها المدعى التي ردت على المدعى عليه لان المدعى لو حلف أولا لاستحق حقه ولو حلف المدعى عليه عند نكول المدعى لاستحق البراءة مما ادعى عليه وليس كذلك في مسئلتنا فان البائع لو حلف لم يستحق ما حلف عليه بمجرد يمينه ولو أحلف المبتاع لاستحق ما حلف عليه بمجرد يمينه فاحدى اليمينين غير الاخرى واذا نكل المبتاع وجب أن ترد يمين الاستحقاق على البائع لانها لم تثبت قط في جنبته يمين يستحق حقه بها وانما تثبت في حقه أولا يمين اذا أتمها قيل للمبتاع اما أن تحلف وتسقط عن نفسك ما حلف عليه أو تنكل فيقضى له بما حلف عليه والله أعلم (مسئلة) وأما اذا اختلفا بعد قبض السلعة وقبل فوتها فالذى رواه أشهب وابن القاسم عن مالك انهما يتحالفان ويتفاسخان وروى ابن وهب عن مالك ان القول قول المبتاع وفي كتاب ابن المواز لم يختلف قول مالك قبل التفرق وانهما يتحالفان ويتفاسخان واختلف قوله اذا تفرقا وقد قبض المبتاع السلعة فروى عنه ابن حبيب ما تقدم وجه رواية ابن القاسم ان السلعة باقية على صفتها فكان حكمها أن يتحالفا ويتفاسخا ولا تأثير لقبضها بانفراده كما لا تأثير له في البيع الفاسد ووجه رواية ابن وهب ان جنبة المبتاع قد قويت بالقبض ولليد تأثير في ثبوت الأيمان في جنبة ذى اليد كما لو تداعى رجلان حقا هو في يد أحدهما لكان القول قوله مع يمينه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فسواء نقد الثمن أو لم ينقده يتحالفان ويترادان ما لم تفت رواه ابن المواز عن ابن القاسم (مسئلة) وأما اذا فاتت السلعة بزيادة أو نقصان أو حوالة أسواق فروى ابن القاسم عن مالك ان القول قول المبتاع وبه قال أبو حنيفة وروى أشهب عن مالك انهما يتحالفان أبدا وان تلفت السلعة وبه قال الشافعي ووجه رواية ابن القاسم ان التحالف قبل الفوات يوجب الفسخ في عين السلعة وردعينها الى البائع وذلك متعذر بعد تلفها وانما يرد بدلها وهو القيمة فيقرر بها من ذلك ان المبتاع غارم لما تعلق بذمته ومن كان هذا حكمه فالقول قوله ووجه رواية أشهب ان هذه احدى حالتي السلعة فوجب اذا اختلف متبايعاها في ثمنها أن يتحالفا ويتفاسخا كحالة الوجود فيتقرر من هذا أن في المسئلة ثلاث روايات احداها انهما يتحالفان ما لم يقبض السلعة ويفترقان فاذا فارقه المبتاع وقد قبضها فالقول قول المبتاع وهى رواية ابن وهب وبها يأخذ سحنون والرواية الثانية انهما يتحالفان ويترادان أبدا وهى رواية أشهب وقد روى ابن القاسم عن مالك الروايات كلها وهى ظاهرة في النوادر (مسئلة) وهذا اذا اختلفا في مقدار الثمن واتفقا على جنسه وأما ان اختلفا في جنسه فقال أحدهما بدينار وقال الآخر بطعام قال ابن القاسم الاختلاف المذكور اذا اتفقا في الجنس فأما اذا اختلفا فانهما يتحالفان أبدا وترد القيمة ووجه ذلك انهما لم يتفقا على جنس لكون البائع يدعى زيادة ينكرها المبتاع وقد صدقه فيما اتفقا عليه فيكون القول قول المبتاع لانه مدع عليه الزيادة واذا اختلف الجنسان كان كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه لانهما لم يتفقا على شئ من الثمنين والله أعلم (مسئلة) وهل يراعى في ذلك أن يأتيا أو يأتى أحدهما بما لا يشبه في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم ان معنى قول مالك القول قول من ادعى منهما ما يشبه يعنى بعد فوتها بيد المشترى في سوق أو بدن وذكر ابن حبيب عن مطرف وأصبغ وابن الماجشون انهما يتحالفان اذا أتيا بما يشبه وان أتى أحدهما بما لا يشبه فالقول قول من أتى بما يشبه * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى في ذلك ان مذهب ابن القاسم

لايراعى مع بقاء السلعة فى وقت يحكم بالتحالف والتفاسخ أن يأتى أحدهما بمايشبه أو بمالايشبه وانما يراعى ذلك عند فواتها فيكون القول قول المبتاع اذا أتى بمايشبه وان مذهب مطرف وابن الماجشون وأشهب مراعاة قول من أتى بمايشبه دون من أتى بمالايشبه وان كانت السلعة ممالايحكم فيها بالتحالف والتفاسخ والقولان موجودان فى المدونة لمن تأملهما فيمن اكترى راحلة بمصر ونقد مائة فلما بلغا المدينة قال اكتريت الى مكة بمائة وقال المكرى الى المدينة بمائتين قال ابن القاسم القول قول المكرى فى المائة التى قبض اذا أتى بمايشبه وعليه اليمين انه لم يكر الى مكة بالمائة وعلى المتكارى اليمين فى المائة الأخرى وان لم ينتقده فالقول قول المكرى فى المسافة والقول قول المكترى فى الكراء ويقسم مابين مصر الى مكة فيكون للمكرى بمقدار مابين مصر الى المدينة وقال غيره مثل قوله وذلك اذا أتيا جميعا بمايشبه فان أتى المكرى بمايشبه دون المكترى فالقول قوله مع يمينه وحيث مايجد لابن القاسم هذه المسئلة فى المدونة وغيرها لايجده يراعى مايشبه الابعد الفوات وقد خالفه الغير وهو عندى أشبه على ماورد فى هذه المسئلة والله أعلم (مسئلة) ولوقبض البائع الثمن والسلعة بيد المبتاع لم تفت بحوالة سوق ولاغيره وقد تقدم من رواية ابن الموازعن ابن القاسم انهما يتحالفان ويتفاسخان نقد الثمن أولم ينقده مالم تفت السلعة وههنا أظهر لأن لقبض الثمن تأثيرا فى محل اليمين فيجب أن يكون فى هذه المسئلة وفى التى قبلها على ذلك قول آخر بمراعاة القبض والله أعلم (فرع) ولوحالت أسواق السلعة بيد البائع وقد قبض الثمن فالقول قوله مع يمينه ولوقبض بعض الثمن لم يكن عليه من السلعة الابقدر ماقبض من الثمن بعد ان يحلف ثم يحلف المبتاع والالزمته بقية السلعة وغرم بقية الثمن على ماحلف عليه البائع وذلك اذا لم يكن فى التشارك فى تلك السلعة ضرر فان كان فيها ضرر كالعبد الواحد والدابة تحالفا وتفاسخا وان طال ذلك رواه ابن الموازعن ابن القاسم (مسئلة) ولوتبايعا طعاما فقبل ان يتقابضا اختلفا فقال البائع بعتك خمسة أرادب بدينار وقال المبتاع ابتعت منك ستة أرادب بدينار فقد روى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم يتحالفان ويترادان فيفسخ البيع كله وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك اذا اختلفا فقال البائع بعتك ثلاثة أرادب بدينار وقال المبتاع ابتعت منك أربعة أرادب بدينار حلف المبتاع انه ابتاع منه أربعة أرادب بدينار وحلف البائع أنه ماباعه الاثلاثة أرادب بدينار فان حلف صدق البائع فيما عليه فيؤدى ثلاثة أرادب ويصدق المبتاع فيما عليه فيؤدى ثلاثة أرباع دينار فقول ابن القاسم مبنى على مااختاره من ان التحالف يثبت بينهما مالم تفت السلعة بيد المبتاع ولم يقبض البائع الثمن ووجه رواية ابن حبيب ان البيع ثبت فى مكيل أوموزون فلم يثبت فيه حكم التحالف والتفاسخ ولوثبت فيه حكم التحالف والتفاسخ لثبت ذلك فى السلم قبل القبض وعند حلول الاجل ولكن لحلول الاجل وقبض الثمن تأثير فجعل القول قول الغارم مع يمينه (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم يتحالفان ويترادان فمن ذا الذى يبدأ بيمينه روى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم يحلف المبتاع انه اشترى منه ستة أرادب بدينار ثم يحلف البائع أنه ماباعه الاخمسة ثم المبتاع مخير بين أخذ خمسة أو الفسخ ولوقبض البائع دينارا ودفع خمسة أرادب ثم اختلفا قبل التفرق وقال البائع بعتك بالدينار الذى قبضته الخمسة الارادب التى دفعت اليك وقال المبتاع بل ابتعت منك به ستة أرادب فقد روى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم فى العتبية البائع مصدق مع يمينه بقبضه الدينار وأنكر هذا يحيي بن عمر وكأنه يرى انهما يتحالفان مالم يفترقا ولم تفت وجه قول ابن القاسم ان الدينار لما كان

لايتعين على البائع رده ثبت انه قد تعلق بذمته فصار مادفعه اليه البائع قد تعلق بذمته فكان ذلك فوتا فى بيعهما وأيضا فانه لما كان القبض يجعل القول قول البائع كان الاعتبار بقبض الدينار دون تفرق المتبايعين ووجه قول يحيى بن عمر أن اختلاف المتبايعين على أصل ابن القاسم يوجب التحالف والفسخ مالم يفترقا بعد القبض وهذا ان لم يفترقا بعد القبض ولا غاب أحدهما على ماقبضه من الآخر فيجب أن يكون ذلك حكمهما (مسئلة) ولو قبض المبتاع خمسة أرادب ولم يدفع الدينار فقد روى يحيى بن يحيى يلزمه خمسة أسداس دينار بعد أيمانهما وينفسخ البيع فى سدس دينار وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان القول قول المبتاع وجه قول ابن القاسم انه لما كان المكيل والموزون مما يغاب عليه ولا يعرف بعينه كان قبضه فوتا فيصدق كل واحد منهما فيما عليه فيحلف البائع انه لم يبق عليه شئ من الطعام وان ذلك جميع ماباعه منه ثم يحلف المبتاع انه ما ابتاع منه الاستة أرادب بدينار فيجب للخمسة أرادب من ذلك خمسة أسداس دينار ويسقط عنه الباقى لأنه باق فى ذمته (مسئلة) ولو قبض البائع الدينار فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك اذا قبض البائع الدينار فهو مصدق بيمينه قبض المبتاع الطعام أولم يقبضه ووجه ذلك ان البائع الذى قبض الدينار وكان ذلك بمعنى فواته لتعلقه بذمته فالقول قوله فان كان قد قبض المبتاع الطعام فانما يدعى عليه زيادة على ذلك فالقول قول المبتاع وان كان لم يقبضه فانما يدعى المبتاع زيادة على ما أقر به وقد تقدم من قول يحيى بن عمر انكاره هذا واختياره ان يتحالفا (فرق) فاذا قلنا ان القول قول البائع اذا قبض الثمن فالفرق بينه وبين السلم أنه قد قال اذا أسلم اليه فى طعام الى أجل فقال المبتاع سلمت اليك مائة دينار فى مائة أردب وقال البائع بل سلمت الى مائة دينار فى خمسين أردب حنطة فقد روى ابن القاسم عن مالك وهو قول ابن القاسم ان كان ذلك بقرب تبايعهما تحالفا وترادا وان طال ذلك فالقول قول من عليه السلم مع يمينه اذا أتى بما يشبه فان أتى بما لا يشبه حلا على سلم الناس فالفرق بين مسئلة النقد ومسئلة السلم ان فى مسئلة السلم يستحق القبض كما يستحق ذلك فى السلم عند حلول الاجل فاستويا وأما قبل حلول الاجل وقبل تغير الاسواق فلا يستحق على البائع تسليم الطعام فلذلك لم يكن القول قوله ويثبت بينهما حكم التحالف والتفاسخ (فرق) وفرق بين المكيل والموزون وبين المعين من غيرهما ان المكيل والموزون لا يعرف بعينه واذا غيب عليه تعلق بالذمة والثياب والحيوان تعرف باعيانها فالم يتعلق بالذمة لفوات يلحقها لم يكن القول قول بائعها يدل على ذلك انه اذا أسلم فيها لما كانت غير معينة وكانت متعلقة بذمة من باعها حكمنا فى ذلك كله حكم المكيل والموزون والله أعلم وأحكم

﴿ ماجاء فى الربا فى الدين ﴾

ص ﴿ مالك عن أبى الزناد عن بسر بن سعيد عن عبيد أبى صالح مولى السفاح أنه قال بعت بزا لى من أهل دار نخلة الى أجل ثم أردت الخروج الى الكوفة فعرضوا على أن أضع عنهم من الثمن وينقدونى فسألت عن ذلك زيد بن ثابت فقال لا آمرك أن تأكل هذا ولا تؤكله * قال مالك عن عثمان بن حفص بن خلدة عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر انه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل الى أجل فيضع عنه صاحب الحق ويعجله الآخر فكره ذلك عبد الله بن عمر ونهى عنه ﴾ ش قوله ان أهل دار نخلة عرضوا عليه قبل أن يحل أجل دينه أن يضع عنهم

﴿ ماجاء فى الربا فى الدين ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن أبى الزناد عن بسر بن سعيد عن عبيد أبى صالح مولى السفاح انه قال بعت بزالى من أهل دار نخلة الى أجل ثم أردت الخروج الى الكوفة فعرضوا على أن أضع عنهم من الثمن وينقدونى فسألت عن ذلك زيد بن ثابت فقال لا آمرك أن تأكل هذا ولا تؤكله

* وحدثنى عن مالك عن عثمان بن حفص بن خلدة عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل الى أجل فيضع عنه صاحب الحق ويعجله الآخر فكره ذلك عبد الله بن عمر ونهى عنه

ويتقدوه يريد والله أعلم ان ينقدوه جنس ماله عليهم وذلك مثل أن يكون له عليهم مائة دينار مؤجلة فيدفعون اليه قبل الأجل خمسين دينارا او يحط عنهم خمسين فسأل عن ذلك زيد بن ثابت فقال لا آمرك أن تأكله ولاتؤكله يريد تطعمه غيرك ومعنى ذلك تحريمه لانه لايمنعه من ان يأكله ويؤكله مع كونه مباحا وبه قال ابن عمر وعليه جمهور الفقهاء وأجازه النخعي وزفر واختلفت الرواية عن ابن المسيب في ذلك وأصحها المنع ودليلنا على تحريمه انهم اشتروا منه المائة المؤجلة بخمسين معجلة وذلك غير جائز لوجهين التفاضل والنساء في الجنس الواحد من العين ويدخله سلف لعوض لانهم أسلفوه خمسين يقبضها من نفسه عند الأجل على أن يسقط عنهم خمسين (مسئلة) وأما اذا أخذ منه قبل الأجل من غير جنسه ماقيمته أقل مما له عليه فلايخلو أن يكون مما لايجوز أن يدخل الأجل بينه وبين الدنانير أو مما يجوز ذلك فان كان مما لايجوز ذلك كالدراهم فلايجوز أن يأخذ منهم قبل الأجل بدنانير دراهم مثل قيمتها ولاأقل ولاأكثر لان هذا ورق بذهب الى أجل وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء (مسئلة) وان كان مما يجوز ذلك فيه مثل أن يأخذ منه بدنانير قبل الأجل عروضا معجلة تكون قيمتها أقل من دنانيره أومثل ذلك أو أكثر فلابأس في ذلك لان مآل أمره الى شراء عرض بدنانير مؤجلة ولاخلاف في جوازه ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم أنه قال كان الربا في الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل الحق الى أجل فاذا حل الأجل قال أتقضي أم تربي فان قضى أخذ والا زاده في حقه وأخر عنه في الأجل * قال مالك والأمر المكروه الذي لااختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين الى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب قال وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخر دينه بعد محله عن غريمه ويزيده الغريم في حقه قال فهذا الربا بعينه لاشك فيه ﴾ ش قول زيد بن أسلم ان ربا الجاهلية كان أن يقول الذي له الدين عند أجله للذي عليه الدين أتقضي أم تربي يريد يزيد في الدين فان اختار ان يزيده في الدين ليزيده في الأجل فعل وهذا مما لاخلاف بين المسلمين في تحريمه وقد قيل ان قول الله تعالى اتقوا الله وذروا مابقي من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لاتظلمون ولاتظلمون وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة نزلت في هذا والله أعلم ومن جهة المعنى انه سلف لنفع لانه يؤخره على أن يزيده في دينه وذلك مما اتفق على تحريمه كالو أعطاه عشرة دنانير في عشرين الى أجل

(فصل) وقول مالك ان الذي يضع من دينه ويتعجله قبل أجله بمنزلة الذي يؤخره بعد محل أجله ويزيده يريد ان معناهما العوض للزيادة لان الذي وضع قبل أجله سلف على ان وضع والذي أخر للزيادة أسلف على ان زاد فهو تأخير لعوض والله أعلم وقد يفترقان فيما قدمناه من ان الذي لم يحل أجله يجوز أن يأخذ من غير جنس دينه معجلا ماقيمته أقل من قيمة دينه والذي يؤخر بعد الأجل لايجوز أن يؤخره على أن ينقله الى غير جنسه سواء كان في مثل قيمته أو أقل أو أكثر لان الذي يتعجل قبل الأجل من غير جنسه تبرأ الذمتان ويتنجز مابينهما والذي يؤخر بعد الأجل وينقل دينه الى غير جنسه تبقى ذمة الذي عليه الحق مشغولة وينتقل مايشتغل به الى غير الجنس الأول فيصير فسخ دين في دين وذلك غير جائز على ماتقدم ص ﴿ قال مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار الى أجل فاذا حلت قال له الذي عليه الدين بعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقدا بمائة وخمسين الى أجل قال مالك هذا بيع لايصلح ولم يزل أهل العلم ينهون عنه * قال مالك وانما كره ذلك لانه انما

* وحدثني عن مالك عن زيد بن أسلم انه قال كان الربا في الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل الحق الى أجل فاذا حل الأجل قال أتقضي أم تربي فان قضى أخذ والا زاده في حقه وأخر عنه في الأجل * قال مالك والأمر المكروه الذي لااختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين الى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخر دينه بعد محله عن غريمه ويزيده الغريم في حقه قال فهذا الربا بعينه لاشك فيه * قال مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار الى أجل فاذا حلت قال له الذي عليه الدين بعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقدا بمائة وخمسين الى أجل هذا بيع لايصلح ولم يزل أهل العلم ينهون عنه * قال مالك وانما كره ذلك لانه انما

يعطيه ثمن ماباعه بعينه و يؤخر عنه المائة الأولى الى الأجل الذى ذكرله آخر مرة و يزاد عليه خمسين دينارا فى تأخيره عنه فهذا مكروه ولا يصلح وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم فى بيع أهل الجاهلية انهم كانوا اذا حلت ديونهم قال للذى عليه الدين اما أن تقضى واما أن تربى فان قضى أخذوا والا زادوهم فى حقوقهم وزادوهم فى الأجل * ش وهذا على ماقال لان من كان له على رجل مائة دينار الى أجل فاشترى منه عند الأجل سلعة تساوى مائة دينار بمائة وخمسين فقضاه دينه الاول وانما قضاه ثمن سلعته وزاد خمسين دينارا فى دينه لتأخيره به عن أجله فهذا يشبه ماتضمنه حديث زيد بن أسلم من بيوع الجاهلية فى زيادتهم فى الديون عند انقضاء أجلها ليؤخر واربها و يدخله أيضا بيع وسلف لأنه انما ابتاع منه هذه السلعة بمائة معجلة وخمسين مؤجلة ليؤخره بالمائة التى حلت له عليه ووجوه الفساد فى هذا كثيرة جدا (مسئلة) فان وقع هذا البيع فى المدنية عن مالك أنه قال يفسخ البيع فى هذه السلعة التى باعه اياها بمائة وخمسين فان فاتت رددتها الى قيمتها نقدا وفسخت البيع الأول وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله ووجه ذلك ان هذا البيع قد دخله ماقدمناه من وجوه الفساد فوجب فسخه مالم يفت فان فات رد الى القيمة وكانا على أجلهما فى الدين الأول والله أعلم ومعنى قوله فسخت البيع الاول يريد الذى انعقد فى السلعة بمائة وخمسين والله أعلم

* جامع الدين والحول *

ص * مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغنى ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع * ش قوله مطل الغنى ظلم المطل هو منع قضاء مااستحق عليه قضاؤه فلا يكون منع مالم يحل أجله من الديون مطلا وانما يكون مطلا بعد حلول أجله وتأخير مابيع على النقد عن الوقت المعتاد فى ذلك على وجه ماجرت عليه عادة الناس من القضاء قد جاء التشديد فيه

(فصل) وقوله مطل الغنى ظلم ووصفه بالظلم اذا كان غنيا خاصة ولم يصفه بذلك مع العسر وقد قال الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة واذا كان غنيا فطل بما قد استحق عليه تسليمه فقد ظلم وقد قال أصبغ وسحنون وترد بذلك شهادته لان النبى صلى الله عليه وسلم سماه ظالما وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لىّ الواجد يحل عرضه وعقوبته فعرضه التظلم منه بقول مطلنى وظلمنى وقال بعض العلماء فى قول النبى صلى الله عليه وسلم وعقوبته سجنه حتى يؤدى

(فصل) وقوله اذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع معناه والله أعلم الحوالة وقد قال القاضى أبو محمد ان الأصل بالحوالة قوله صلى الله عليه وسلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع والحوالة أن يكون للرجل على الرجل الدين والذى عليه الدين على أجل آخر مثله فيحيل به غريمه على الذى عليه مثله وقد قال الشيخ أبو محمد فى قوله فليتبع انه على الندب ويحتمل ذلك قول القاضى أبى محمد لانه معروف وقال ان الحوالة استثنيت من الدين كما استثنيت العرية وبيع الرطب بالتمر * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والصحيح فى الحوالة عندى ان الحوالة ليست من باب الدين بالدين اذا قلنا انها لاتصح الا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه وذلك ان المحيل تبرأ ذمته بنفس الاحالة فهى من باب النقد ومعنى الحوالة عندى أن تكون على الاباحة وان الذى له الدين بالخيار بين أن يستحيل على غريم غريمه وبين أن يطلب غريمه ويقول له اقضنى حقى وشأنك بصاحبك وقال أهل الظاهر انه

يعطيه ثمن ماباعه بعينه ويؤخر عنه المائة الاولى الى الاجل الذى ذكرله آخر مرة ويزاد عليه خمسين دينارا فى تأخيره عنه فهذا مكروه ولا يصلح وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم فى بيع أهل الجاهلية انهم كانوا اذا حلت ديونهم قالوا للذى عليه الدين اما أن تقضى واما أن تربى فان قضى أخذوا والا زادوهم فى حقوقهم وزادوهم فى الاجل

جامع الدين والحول

* حدثنا يحيى عن مالك عن أبى الزناد عن الاعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغنى ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع

يلزمه الاستحالة والدليل على صحة مانقوله ان هذا نقل حق من ذمة الى ذمة فلم يجب ذلك بالشرع أصل ذلك اذا لم يكن له عليه شئ (مسئلة) وان شاء المحال أن يستحيل بحقه لم يعتبر فى ذلك رضا المحال عليه ذكر ذلك القاضى أبو محمد عن جمهور الفقهاء وقال داود لاتصح حوالته الا برضا من عليه الدين والدليل على مانقوله قول النبى صلى الله عليه وسلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع ولا بد أن يكون معناه الأمر أو الاباحة ولم يشترط فى ذلك رضا الذى عليه الحق وانما شرط فى ذلك رضا المحيل لانه هو الذى يتبع من له عليه الدين على من له هو عليه مثله ومن جهة المعنى انها استنابة من يقضى هذا الحق كالوكيل (مسئلة) ولو شرط المستحيل على المحيل انه ان أفلس المحال عليه أو نقص رجع عليه فهو حول ثابت وله شرطه ان أفلس رواه سحنون عن المغيرة فى العتبية ووجه ذلك ان الحوالة صحيحة وقد شرط فيها سلامة ذمته وله شرطه (مسئلة) ومن شرط هذه الحوالة أن يكون للمحيل على المحال عليه مثل ما أحال به قال القاضى أبو محمد لان حقيقة الحوالة بيع الدين الذى للمحال بالدين الذى للمحيل ويحول الحق من ذمة الى ذمة وذلك يقتضى أن يكون هناك دين تحصل المعاوضة به هذا مذهب مالك وجمهور أصحابه غير ابن الماجشون فان الحوالة تصح عنده وان لم يكن للمحيل على المحال عليه شئ اذا كانت بلفظ الحوالة ووجه ذلك أن التزامه للحوالة يثبت حق المحال فى ذمته وتبرأ ذمة المحيل ويلزمه على قوله أن يعتبر فى هذه الحوالة رضا المحال عليه والله أعلم * قال القاضى أبو الوليد والأظهر فى هذا انه اذا لم يكن للمحيل على المحال عليه مثل ما عليه للمحال فهو من الدين بالدين أو من باب الضمان والكفالة والدين بالدين محرم وذلك ان المحال يبيع من المحال عليه دينه على المحيل بدين يثبته فى ذمته وتبقى ذمة المحيل والمحال عليه مشغولتين وكل واحد من الدينين عوض عن الآخر وذلك لايجوز فلذلك لم يصح أن يكون له حكم الحوالة ولزم أن يحمل على حكم الضمان والكفالة الذى طريقه المعروف ولايشغل ذمة الضامن ماعلى المضمون الا على وجه القرض والرفق لاعلى وجه المعاوضة وأما الحوالة فليست من باب الدين بالدين اذا قلنا انها لاتصلح الا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه وذلك ان المحيل تبرأ ذمته بنفس الاحالة والله أعلم وقد احتج ابن الماجشون فى ذلك بان الحوالة تلزم وان لم تكن من أصل دين كالوقال بع منه ثوبك والثمن علىّ فهذا مثله كأنه قال اعطه من مالك كذا وهو لك علىّ وهذا أيضا ليس من باب الحوالة وانما هو من باب حمل الثمن عنه والله أعلم (مسئلة) واذا كان ذلك على ماذكرناه برئت ذمة المحيل من دين المحال ولم يكن له عليه رجوع وان مات المحال عليه مفلسا وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يرجع على المحيل وان مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحق والدليل على مانقوله هذا الحديث وهو قول النبى صلى الله عليه وسلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع شرط الملاءة فى الحوالة وذلك يقتضى انه لارجوع على المحيل ولو كان للمحال عليه رجوع لما كان لشرط الملاءة معنى لانه لايخاف تلف دينه بافلاسه ودليلنا من جهة المعنى أن هذه حوالة برئت ذمة المحيل بها فلم يكن للمحال رجوع على المحيل أصل ذلك اذا لم يتغير حاله (مسئلة) ولو أحاله بثمن سلعة باعها على المشترى وهو موسر ثم استحقت السلعة أو ردت بعيب فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم الحول ثابت عليه يؤديه ويرجع به المحيل على البائع منه قال وبلغنى عن مالك وقال أشهب الحول ساقط ويرجع المحال على المحيل ولو كان قد قبض ما احتال به لرجع عليه من دفعه اليه ووجه قول مالك وابن القاسم ان الحوالة عقد لازم فلا ينقض فى حق المحال باستحقاق سلعة لم يعاوض بها هو وفيما قبضه ووجه قول

أشهب ان الحوالة عقد ثبت بين المحيل والمحال ومن شرطها أن يكون للمحيل مثل ذلك على المحال عليه فاذا استحقت السلعة التي ثبت فيها الحق عليه وجب أن يبطل ولم ينعقد بين المحال والمحال عليه عقد يلزم لانه لا يعتبر رضى المحال عليه وانما يقبض المحال ما كان للمحيل فباستحقاق السلعة المبيعة يستحق المحال عليه على المحيل رد ما دفعه اليه أو تبرأ ذمته منه ان كان لم يدفعه واذا لم يعتبر رضى المحال عليه فان دفعه الى المحال دفعه الى المحيل ولو استحقت السلعة لم يستحق عليه المحيل بقبض ثمنها فكذلك من يدفعه اليه بسببه قال ابن المواز هذا أحب الى وهو قول أصحاب مالك كلهم وذلك بمنزلة مالو بيع على مفلس أو ميت متاعه وقبض غرماؤه من متولى البيع أو المشترى لحوالتهم عليه ثم استحق ما بيع رجع المشترى بالثمن على من قبضه (فرع) ولو باع عبدا بمائة فتصدق بها على رجل وأحاله بها وأشهد له بذلك ثم استحق العبد أو رد بعيب فقد روى أصبغ وابن زيد عن ابن القاسم فى العتبية انه ان قبض المتصدق عليه الثمن وفات عنده لم يرجع عليه بشئ ويرجع المشترى على البائع كالو قبضها المتصدق ثم تصدق بها ولم تفت بيد المعطى أخذها منه المشترى ولا شئ للمعطى (مسئلة) . ولو غر المحيل المحال من حال المحال عليه وقد علم بافلاسه كان للمحال الرجوع عليه خلافا للشافعى والدليل على مانقوله قول النبى صلى الله عليه وسلم واذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع فشرط الملاءة وهذا غير ملئ ولان افلاس الغريم عيب فيما تعلق بذمته فاذا دلس به المحيل كان له الرجوع عليه كسائر العيوب (فرع) وهذا ان علم انه قد غره فى الدين أو غير ذلك فان جهل أمر المحيل فى ذلك فقد قيل لمالك فعلى الغريم شئ قال ينظر القاضى فيه فان كان يتهم فى ذلك أحلفه ومعنى ذلك انه ان كان ممن يظن به انه يرضى بمثل هذا احلف انه ماعلم منه مايغره به (فرق) والفرق بين فلس المحال عليه وبين سائر العيوب التى ترد بها السلع المعيبة وان لم يعلم بها البائع من ثلاثة أوجه أحدها ان العيب فى السلعة المبيعة انما هو عيب فى نفس العوض وفلس المحال عليه انما هو عيب فى محل العوض لا فى نفس العوض والثانى ان الحوالة انما هى بمنزلة بيع البراءة فلا يرجع من العيوب الا بما علمه البائع وعلى هذا التوجيه تجب اليمين على المحيل انه ماعلم بفلسه ولا غر به على الظاهر من مذهب مالك وعلى رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى بيع البراءة لا يجب عليه يمين الا أن يدعى ذلك المحال والوجه الثالث ان الذمم مما ظاهرها انها لا تعلم فصارت كالمبيع الذى لا يعلم باطنه لا يرد بالعيب الا أن يعلم ان البائع دلس به فعلى هذا لا يمين على المحيل اذا لم يثبت انه علم بالفلس فيرجع المحال عليه أو يتهم بذلك فيحلف ولعله معنى قول مالك قبل هذا (مسئلة) واذا كانت الحوالة على من لا دين عليه وقلنا بقول مالك فان كانت بسبب عقد فانها تلزم عند مالك وأصحابه وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بع من فلان سلعتك هذه وعلى حقك وقال الآخر لفلان اعمل عمل كذا وحقك على وفى الواضحة من تحمل عن ناكح صداقه فى عقد نكاحه فهو له لازم فى حياته وبعد مماته قاله ابن القاسم فى الواضحة وقال فى المدونة ان ذلك له عند مالك (مسئلة) وأما اذا لم ينعقد بسببه عقد ولم يكن للمحيل على المحال عليه شئ فهى على الاطلاق حمالة عند جميع أصحابنا سواء كانت بلفظ الحوالة أو الحمالة الا ما قاله ابن الماجشون انها اذا كانت بلفظ الحوالة فلها حكم الحوالة وان لم تكن بلفظ الحوالة فهى حمالة فان مات المحال عليه مفلسا أو فلس فى حياته ففى كتاب محمد عن ابن القاسم فيمن أحال رجلا على رجل ليس له عليه دين وشرط انى برئ بذلك وشق صحيفته قال ذلك لازم له وله شرطه قال محمد الا ان أفلس المحال عليه قبل أن يقضى المحال فان المحال يرجع على المحيل لان

المحال عليه لو قضاه لرجع بما قضاه على المحيل ورواه أشهب عن مالك والذى فى المدونة عن ابن القاسم انه ان لم يكن للمحيل على المحال عليه شئ وشرط فى الحوالة انه برىء من المال وقال الذى له الحق أحلنى عليه وأنت برىء من المال فانه ان علم المحال انه لا شئ له عليه فرضى بالحوالة وأبرأ المحيل لم يكن له أن يرجع عليه وأخذ باقراره وان لم يعلم فله الرجوع بأثر ذلك وروى ابن وهب عن مالك فيمن قال لرجل أنا لك بمالك قبل فلان نخرق ذكر الحق عليه واطلبنى دونه ولم تكن حوالة من دين كان للغريم على القابل فاشهد الرجل بذلك عليه وشق الصحيفة وطلبه بذلك الحق حتى أفلس أو مات مفلسا فانه يرجع على غريمه لان المتحمل وعد الغريم أن يسلفه ولا يثبت له ذلك على الغريم حتى يقضى عنه فقد اتفق قول أصحابنا وروايتهم عن مالك غير ابن الماجشون على أن له الرجوع فى الفلس فرواية ابن المواز عن ابن القاسم موافقة لذلك وقوله فى المدونة ظاهره خلاف هذا ان المسئلة اذا علم المحال وأبرأ حكم الحوالة المحضة وانه لا يرجع ولم يذكر فلسا ويحتمل أن يكون قوله مخالفا لما تقدم من قول غيره ويحتمل أن يكون موافقا لهم وانه أطلق اللفظ فى المدونة وقيده فى الموازية (مسئلة) فاذا قلنا بقول مالك وجمهور أصحابه أنه يرجع فى الفلس فهل له الرجوع مع اليسار روى أشهب عن مالك ليس له الرجوع على المحيل مالم يفلس أو يمت المحال عليه وروى عيسى عن ابن القاسم فى الذى يقول للرجل على حقك ودع صاحبك لا تكلمه فان الحق على فان كان المحيل مليأ فالمحال بالخيار بينه وبين المحيل وجه رواية أشهب عن مالك انه قد أبرأ المحال المحيل من دينه بشرط أن يقبضه من المحال عليه فلا رجوع له على المحيل الا بأن يتعذر قبضه ممن يضمن دفعه اليه فيرجع عليه لانه لم يتعلق دينه بذمة المحال عليه تعلقا من أجل معاوضة وانما تعلق بها تعلقا من جهة مكارمة فلم يلزمه بالفلس ولا بالموت ولزمته مع اليسار مدة الخيار ووجه رواية عيسى عن ابن القاسم انها على وجه الحمالة لانه لم يوجد منه ابراء فى انتقاله الى مطالبة المحال عليه وانما وجد منه ما يقتضى الاستيثاق من حقه والكف عن مطالبته مع بقاء حقه عليه لانه لم ينقله الى مستحق عليه وانما تعلق حقه بمكارم فكان له أن يطالب من عليه الحق مالم يوجد الاستيفاء من غيره (مسئلة) واذا علم بين الطالب والغريم مقابحة ومعاداة وامتناع بسلطان فقال الطالب لمن استحال عليه لا أطلب به غريمًا وحق عليك ففى كتاب ابن حبيب من رواية مطرف عن مالك الشرط جائز وحقه عليه حضر الغريم أو غاب فى عدمه وملائه الا أن يشاء أن يرجع الى غريمه رواه ابن القاسم عن مالك وقاله أصبغ وابن عبد الحكم قالا وكان ابن القاسم انما يقوله فى القبيح المطالبة أو ذى السلطان ونحن نراه فى كل أحد اذا بين وحقق وقال ابن الماجشون الشرط باطل وهى حمالة لا يطالبه الا فى غيبة الغريم أو عدمه حتى يسمى الحوالة وجه رواية مطرف وابن القاسم عن مالك انه أمر لازم للمحيل لأنه التزم أن يأخذه بحقه دون الغريم ووجه قول ابن الماجشون ان هذا الشرط لا يلزم الا اذا سقط الخيار فى الرجوع على الغريم ويثبت لما عقداه حكم الحوالة بالتلفظ بها (مسئلة) ولو أن الغريم ذهب بصاحب الحق الى غريم له فأمره بالأخذ منه وأمر الغريم بالدفع اليه فيقضيه البعض أو لا يقضيه شيأ وقد تقاضاه فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ان للطالب الرجوع على الاول لان هذا ليس باحتيال ويقول انما أردت أن أكفيك التقاضى وانما وجه الحق أن يقول أحيلك بحقك على هذا أو أبرأ اليك بذلك (مسئلة) ولو أحلت رجلا على غريم بدين له عليك ثم تبين أنه ليس لك عليه الا بعض ما أحلته به ففى العتبية من

سماع ابن القاسم ان قابل مالك عليه فهو حول وهو في الباقي حميل ووجه ذلك ماقدمناه (مسئلة)
ومن شرط ذلك أن يكون الدين قبل الحوالة فلو أحلته ولا شئ لك على المحال ثم قضيت المحال عليه
ثم فلس أومات كان له الرجوع عليك وان قلت كانت حمالة ثم صارت حولا ففي كتاب ابن المواز عن
ابن القاسم له الرجوع على المحيل ثم يرجع المحيل على المحال عليه بما دفع اليه ووجه ذلك انه لما كان
عقد الحوالة معناه الحمالة ثم دفع المحيل الى المحال عليه مالا يؤديه عنه بسبب تلك الحمالة وهذا لا ينتقل
بما عقداه الى الحوالة ولا يخرجه عن مقتضاه (مسئلة) ويجوز أن يستحيل من معجل على
معجل ومؤجل ولا يجوز أن يستحيل من مؤجل على معجل ولا مؤجل ووجه ذلك انه اذا كان
دينه قد حل فاستحال منه على معجل أو مؤجل فانه جائز لانه في المعجل بالمعجل حوالة جائزة
وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم واذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع واذا استحال منه على مؤجل
فهو معروف منه محض لان له أن يتعجل حقه من المحيل أو المحال عليه ان أفلس المحيل فليس فيه
غير مجرد المعروف واذا كان دينه مؤجلا لم تكن له المطالبة به واذا أحيل منه على دين معجل فهو
من ضع وتعجل واذا أحيل به على دين معجل فهو من حط عني الضمان وأزيدك والدين وان كان
عينا فليس بحقيقة العين لانه متعلق بالذمم والذمم لا تتماثل ولو كان لها حكم العين لما جازت الحوالة الا مع
التقابض في المجلس فهو كمن أخذ بدينه قبل حلول أجله من جنسه بما هو أقل أو أكثر أو أجود أو أردأ
لتعذر تماثل الذمم ومثل هذا يجوز عند الأجل من جنس دينه أقل منه أو أكثر أو أدنى أو أعلى ص
* مالك عن موسى بن ميسرة أنه سمع رجلا يسأل سعيد بن المسيب فقال اني رجل أبيع بالدين فقال
سعيد لا تبع الا ما آويت الى رحلك * ش قوله للرجل لا تبع الا ما آويت الى رحلك يريد ماقد
قبضته وصار عندك ومعنى ذلك ان هذا الرجل قد أقر أنه ممن يداين الناس ويبيع منهم بالدين فنهاه
عن أن يبيع منهم مالم يملكه بعد أو ما يشتريه بعد موافقة المبتاع منه على بيعه منه بثمن يتفقان عليه
فيشتريه من أجل ذلك وربما لم يستتم قبضه من بائعه منه ويولي قبضه المبتاع ممن باعه من هذا السائل
لانه له اشتراه فيكون كأنه أسلفه ثمنه الذي ابتاعه به في ثمنه الذي باعه به منه وهو أكثر منه فقال له
سعيد لا تبع اني كنت من أهل هذا الصنف وعرفت بمثل هذه الحال من التجارة الا ما قد تقدم
ابتياعك له وصح ملكك له وتم ذلك بالقبض له فان ذلك أبعد من الذريعة التي يخاف عليك مواقعتها
وتعلق تبايعك بها ولا تعلق لشئ من ذلك ببيعك ما تقدم ملكك له وقبضك اياه والله أعلم (مسئلة)
اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يكون البيع الأول والثاني بالنقد أو يكونان على التأجيل أو يكون الأول
بالنقد والثاني بأجل أو يكون الاول بالأجل والثاني بالنقد فان كانا جميعا بالنقد فلا يخلو أن يقول له
اشتر هذا الثوب ولا يعين لمن يشتريه أو يقول اشتره لي أو يقول اشتره لنفسك فان قال اشتر هذا
الثوب بعشرة وهو لي بأحد عشر ففي كتاب محمد يكره هذا وليس هذا من بيوع الناس وقال محمد ان
كان بالنقد كله وهما حاضران فذلك جائز وان دخله تأخير ودخلته الزيادة في السلف ووجه قول
مالك انه لما كان هذا اللفظ يستعمل على وجه الابتياع وهو قوله وهو لي بأحد عشر وجمع ذلك كله
فجعله ثمنا للمبيع كره ذلك ومنع منه لان معناه أن يبتاعه لنفسه بعشرة ثم يبيعه منه بأحد عشر فهو
بيع ماليس عنده وكذلك قال ابن حبيب في الذي يقول له اشتر سلعة كذا وأنا أربحك فيها كذا أو أنا
أربحك فيها ولا يسمي شيأ فلا يجوز لان ذكر الربح يقتضي ان المأمور يشتريه لنفسه ولو قال اشتره
بعشرة ولك دينار قال مالك ذلك جائز وضمانه من الآمر لانه جعل الدينار جعلا للمأمور لما لم يكن في

وحدثني مالك عن موسى ابن ميسرة أنه سمع رجلا يسأل سعيد بن المسيب فقال اني رجل أبيع بالدين فقال سعيد لا تبع الا ما آويت الى رحلك

اللفظ ما يمنع ذلك بظاهره ولا بصريحه ووجه قول ابن المواز مراعاة المعنى دون اللفظ لفقد التمييز إذا كان البيعان بالنقد (فرع) فاذا قلنا انه لا يجوز فيجب فسخ البيع الثانى (مسئلة) ولو قال له ابتع لى هذا الثوب وأنا أبتاعه منك بربح كذا ففى كتاب محمد عن مالك ذلك جائز وهو جعل ولا خير فيه الى أجل وقول العتبية عن مالك فيمن قال لرجل ابتع لى هذه السلعة بعشرة وهى لى باثنى عشر فان استوجبها الآمر والثمن نقدا فلا بأس بذلك والزيادة على العشرة جعل قال ابن القاسم وذلك ان لم ينتقد الثمن من عنده أو نقده بغير شرط فان نقده بشرط رد الى جعل مثله مالم يكن أكثر من الدرهمين كالبيع والسلف ووجه ذلك انه اذا قال له اشترها فظاهره ملك الآمر لها وان الابتياع له ولما احتمل أن يكون معنى اشترها لى لتبيعها منى شرط فى رواية العتبى عن مالك أن يستوجبها للبائع فيكون ضمانها منه ويكون مازاده من الدينار بن جعلا للمأمور فى تناول ابتياعها له وشرط أن لا يشترط عليه النقد لانه ان شرط ذلك عليه كان بيعا وسلفا مشترطا (مسئلة) ولو قال اشترها لنفسك بعشرة نقدا وأنا أشتريها منك باثنى عشر نقدا أو الى أجل قال ابن حبيب لا يجوز ذلك ووجه ذلك انه اذا شرط أن يكون المشترى يشتريها لنفسه ثم يبيعها منه لم يحتمل هذا الجعل وكان قد باع منه ماليس عنده وذلك غير جائز بثمن معجل ولا مؤجل (فرع) فان وقع ذلك قال ابن حبيب يفسخ الشراء الثانى لان البائع باعها قبل أن تجب له

(فصل) وان كانت البيعتان الى أجل وذلك أن يقول له ابتع وان كانت البيعة الاولى بالنقد والثانية الى أجل فهذه أشد الوجوه فسادا لما فى ذلك من العينة وقد قال مالك فى الموازية فيمن سأل رجلا أن يبيع منه شيأ فيقول ابتاعه لك فيراوضه على الربح ثم يشتريه فيبيعه منه الى أجل ان هذه هى العينة المكروهة وكذلك لو قال له ابتع لى سلعة كذا وأربحك فيها كذا الى أجل فكأنه دفع ذهبا فى أكثر منها (فرع) فان وقع ذلك ففى العتبية الذى يقول للرجل ابتع لى هذه السلعة بعشرة وهى لى باثنى عشر مؤجلة أنه ان أراد بذلك ايجابها للآمر على أن ينتقدها عنه للمأمور ويبيعه منه باثنى عشر ان ذلك يفسخ مالم تفت فان فاتت لزمت الآمر بعشرة نقدا ويسقط مازاد لانه ضمنها حين قال له وقال ابن حبيب اذا وقع لزمت السلعة الآمر بعشرة مؤجلة وهى التى نقدعنه المأمور وله جعل مثله ومعنى ذلك ان هذا استأجره على أن يبتاع له السلعة بدينارين على أن يسلفه المأمور عشرة دنانير الى أجل وقد قال ابن القاسم ان هذه زيادة فى السلعة وقوله ان هذا يفسخ مالم تفت السلعة يريد تفسخ الاجارة والسلف فترجع السلعة الى المأمور لان دين البائع فيها قد لزم فان فاتت السلعة حكم على الآمر بما أسلفه المأمور وذلك عشرة دنانير تعجل لان التأجيل كان بسبب عوض قد بطل ومعنى قول ابن حبيب ان البيع لا يفسخ وان لم تفت السلعة لان عمل الاجارة قد كمل وفات نقص عقد الاجارة فيلزم الآمر السلعة وعليه ثمنها الذى استسلفه وجعل مثل المأمور فيما ابتاع به ونحوه قال ابن المواز (مسئلة) وان قال اشترها بعشرة نقدا وأنا أشتريها منك باثنى عشر دينارا الى سنة فان ذلك أيضا مما لا يجوز قال ابن القاسم فى العتبية فان وقع ذلك لزمت الآمر باثنى عشر الى سنة لان مبتاعها ضمنها قبل أن يبيعها منه وقاله مالك ومعنى ذلك والله أعلم ان لم يظهر على ذلك الا بعد أن باعها المأمور من الآمر بيعا مستأنفا فكره ذلك لما تقدم فيه من الموعد ولم يفسخ لانه لم يكمل بينهما فى ذلك بيع ولذلك قال مالك وأحب الى أن يتورع المأمور عن الزائد على العشرة وأما فى الحكم فيقتضى له باثنى عشر وقد قال مالك فى المجموعة من رواية ابن القاسم عنه فى الذى يقول اشترهذا المبتاع وأنا ابتاعه منك بربح يسميه الى

أجل أن ذلك مكروه ومعنى ذلك ماقدمناه من أن يراعى عدم انبرام العقد ولزومه فان كان على الموعد فهو مكروه ولا ينتقض وان ذكر الربح وسماه وان كان على اللزوم فهو حرام وهو الذى ينقض وقد روى ابن المواز عن مالك فى الذى يقول للرجل اشتر هذا المتاع أبتاعه منك بربح الى أجل ولم يتراوضا على ربح يريد لم يقطعا سوما ثم عاد اليه فباعه منه الى أجل أنه مكروه والا يفسخه ان نزل فراعى فى هذه الرواية عدم ذكر تقدير الربح وقال ابن حبيب ان قال له اشتر سلعة كذا وأنا أربحك أكثر أو قال أربحك ولم يسم ربحا ان ذلك لا يجوز ويحتمل أن يريد به الكراهية من أجل الموعد فقد كره مالك فى ذلك العادة أو الموعد بأن يقول له ليس عندى ولكن عدالى أشتره لك ولو اشتراه من أجله ثم يبيعه من غير موعد ولا عادة فلا بأس بذلك

(فصل) ولو كان البيع الاول بأجل والثانى بالنقد وهو مثل أن يقول الرجل لآخر ابتع لى هذه السلعة الى أجل بخمسة عشر وأنا أبتاعها منك بنقد بعشرة أو لم يقل لى فقد روى عن مالك انه لا يعجبه ذلك وكرهه ووجه ذلك أن هذا اللفظ يحتمل أن يستعمل فى بيع ماليس عنده وان المبتاع الآخر أقرض الاول عشرة ليدفعها عنه عند الاجل الى بائع السلعة ويزيد من عنده خمسة (فرع) فان وقع ذلك فقد قال محمد ان قال ابتعه لى لزم الآمر ما ابتاع له به ولا يجوز أن يلزمه نفسه بأقل نقدا ولا بأكثر تأخيرا ولو دفع اليه العشرة ليدفع عنه الخمسة عشر الى أجل ردت اليه العشرة وبقيت الخمسة عشر على الآمر الى الاجل لأن قوله اشتره لى يقتضى ملك الآمر لها بنفس العقد ويحتمل ذلك قوله اشترها ولا تقل لى (مسئلة) ولو قال اشترها لنفسك بخمسة عشر مؤجلة وأشتريها منك بعشرة نقدا (١)

ص ﴿ قال مالك فى الذى يشترى السلعة من الرجل على أن يوفيه تلك السلعة الى أجل مسمى اما لسوق يرجو نفاقه واما لحاجة فى ذلك الزمن الذى يشترط عليه ثم يخلفه البائع عن ذلك الاجل فيريد المشترى رد تلك السلعة على البائع ان ذلك ليس للمشترى وان البيع لازم له وان البائع لو جاء بتلك السلعة قبل محل الاجل لم يكره المشترى على أخذها ﴾ ش وهذا على ما قال فى الذى يشترى السلعة من الرجل يريد بالشراء ههنا السلم فمن أسلم فى سلعة الى أجل مسمى لغرض كان له فيها عند ذلك الاجل فيخلفه البائع عند ذلك الاجل ويأتى بها عند استغناء المسلم عنها فانها تلزم المسلم وليس له ردها لأنها بمنزلة الدين على البائع فاذا أخر الدين عن محله لم تجب بذلك استحالة جنس الدين ولا نقله الى غيره ولا نقض العقد الذى كان سبب ثبوته فى ذمته وقد قال مالك فى الرجل يكترى الدابة ليخرج بها من الغد الى موضع اضطر الى الخروج اليه فيخلف الكرى ويفر بدابته ويكريها من غيره ثم يعود اليه بعد مدة وقد استغنى المكترى عنها أنه ليس له الا ركوب الدابة وعليه الكراء الذى عقد به (مسئلة) ولو رفع المكترى أمره الى الامام وكان اكترى منه راحلة غير معينة اكترى على الكرى راحلة تخرج بها وان كان اكترى منه راحلة معينة لم يكن له أن يكرى عليه راحلة وانما يكون له أن يبقى على الكراء أو ينقد الى الكرى ان كان قريبا وان كان بعيدا يلحقه الضرر بانتظاره واختار المكترى الفسخ فسخ بينهما لما فى ذلك من الضرر عليه (مسئلة) وهذا اذا كان الكراء لم يتقدر بزمان فان تقدر بزمان فات الكراء بفوات الزمن وان تعلق بقطع مسافة أو بنفس العمل فانه على ضربين أحدهما أن لا يتعلق بزمن معين والثانى أن يتعلق بزمن معين فان كان لا يتعلق بزمن معين كالكراء من مصر الى افريقية أو الشام فهذا لا يفوت بمغيب أحد المتكاريين وان طالت المدة والكراء

* قال مالك فى الذى يشترى السلعة من الرجل على أن يوفيه تلك السلعة الى أجل مسمى اما لسوق يرجو نفاقها فيه واما الحاجة فى ذلك الزمان الذى اشترط عليه ثم يخلفه البائع عن ذلك الأجل فيريد المشترى رد تلك السلعة على البائع أن ذلك ليس للمشترى وان البيع لازم له وان البائع لو جاء بتلك السلعة قبل محل الأجل لم يكره المشترى على أخذها

بينهما ثابت مالم يفسخه امام على ماتقدم (مسئلة) وأما مايتعلق بابان فعلى ضربين أحدهما
يتعلق بابان لا يمكن الا فيه كا كتراء السفن فى البحر والثانى أن يتعلق به على وجه مامن صفة ذلك
العمل لا يمكن الا فى ذلك الابان كا كتراء الحاج الى مكة وا كترائهم من مكة الى منى وعرفة فأما
الضرب الاول فلا خلاف فى المذهب انه يفوت بفوات الابان لا بفوات الوقت المعين وذلك يجرى
مجرى السلم فى الرطب ليقبض فى يوم معين من ابان الرطب فانه لا خلاف فى أنه لا يفوت بفوات ذلك
اليوم المعين وهل يفوت بفوات الابان وقد تقدم ذكره وأما الضرب الثانى وهو اكتراء الحاج الى
مكة ومنى وعرفة والذى نص عليه مالك فى المدونة وغيرها وعليه أكثر أصحابنا ان الكراء ينفسخ لأنه
عمل له ابان فوجب أن تنفسخ الاجارة عليه بفوات وقته ككراء السفن وروى ابن المواز عن
مالك رواية أخرى أنه ان نقد الكراء فى الحج فاحب الى أن يتأخر الكراء الى عام قابل ولا يؤمر
بالرد وان لم ينقد فجاز فسخه ثم رجع مالك فى الحج فقال يفسخ بينهما وقد روى ابن المواز عن ابن
القاسم انه مخير ان شاء بقى الى قابل وان شاء فسخ الكراء وجعل ذلك محمد فى قوله بالفسخ كالكراء
لأيام معينة * قال القاضى أبو الوليد وعندى انه ليس ذلك من باب التعيين لأن تعيين الايام للكراء
انما هى ان يتقدر العمل بها وانما جاز ذلك لما نذكره بعد هذا ان شاء الله * قال القاضى أبو الوليد
رضى الله عنه وهذا عندى لا ينفسخ بخروج أول الناس وانما ينفسخ بغيبة الكرى عنه فى وقت يعلم
انه ان تأخر عنه فاته الحج على السير المعتاد والله أعلم (مسئلة) ومن سلم فى ضحايا ليوفى بها عيد
الاضحى فغاب عنه المسلم اليه وأتاه بها بعد فوات الاضحى فقد قال فى بعض الاقوال يبطل السلم وقد
اختلف قول مالك وأصحابه فيمن سلم فى الفاكهة الرطبة ففات ابانها قبل قبضها أو قبض بعضها ففى
المدونة عن مالك انه كان يقول يتأخر الى ابانه من السنة الثانية ثم رجع عن ذلك فقال لا بأس أن
يأخذ بقية رأس ماله ومعنى ذلك والله أعلم أن له أن يؤخر أو يعجل وكذلك رواه ابن حبيب عن
مالك قال ابن القاسم ومن طلب التأخير منهما فذلك له الا ان يجتمعا على التعجيل فذلك جائز قال
سحنون ليس لواحد منهما الفسخ ومابقى ففى ذمته الى قابل قال أشهب لا يجوز التأخير وليس
له الا رأس ماله وقال أشهب من شاء المحاصة فذلك له الا أن يتفقا على التأخير وجه قول مالك الأول
أنه يتأخر الى قابل وهو الذى اختاره سحنون وانه لا يجوز الفسخ لانه عقد قد ثبت بينهما ولزم فى
الأعيان فلا ينتقل ماعقدا عليه الى غيرها كما لو أعسر البائع المسلم اليه فيحتمل مسئلة الكراء للحج
أن تكون مخالفة لهذه لانها تتوقت بالشرع وهذه لا تتوقت بالشرع وانما تتوقت بالامكان من
القضاء ويحتمل أن يخالفها لان العقود على المنافع مخالفة للعقود على الأعيان فيما يتعلق بفوات
الابان ولذلك فسخ الكراء بينهما فى المراكب بفوات الابان ولو اشترى منه مركبا أو سلم اليه
فيه ففات وقت الانتفاع به لم يكن غيره ووجه الفرق بينهما ان منافع الأعيان يجوز أن يعقد منها
على مالم يوجد مما يختص بعين واحدة والاعيان لا يجوز ذلك فيها لان عقودها مبنية على اللزوم
على كل حال فلذلك لم يجز للبائع أن يبيع منها شيأ فى ذمته الا ما يعلم انه لا يكاد يعدمه لكثرة جنسه
وسعة مايتعلق به وأما قول أشهب فلا يجوز عنده الا الفسخ والتعجيل ووجه ذلك انه مخير بين
أمرين لا يجوز أن يكون أحدهما عوضا للآخر على وجه ما يخير فيه فلم يصح ذلك كما لو اشترى
منه ثمرة نخلة من عشر نخلات على أن يختار المبتاع وذلك انه لا يجوز اذا كان له عليه دين أن
يعاوضه فى رطب الى عام قابل فلذلك لا يجوز أن يخير بين تأخير دينه وبين ابقاء ثمرته عليه الى

عام قابل ولا يجوز أن يلزم بقاؤها الى عام آخر لما فى ذلك من الضرر على المبتاع بتأخير ماله عليه كما لا يلزمه ذلك فى كراء السفن وقد اتفق ابن القاسم وأصبغ وقول مالك الذى رجع اليه على التخيير بين الأمرين ووجه ذلك انه حق لأحد العاقدين لما فيه من الضرر اللاحق بهما أو بأحدهما فكان كالعيب يجده بالمبيع فله رده وله ابقاؤه ولو اشترى رجل جارية من أعلى الرقيق فتواضعاها ثم اطلع المشترى على عيب بها لكان له الرضا بها وانتظار قبضها اذا انقضت مواضعتها أو ردها الآن معجلا فكذلك فى مسئلتنا مثله وهذا حكم كراء السفن اذا فات ابان جريها الا انه لم يجب على من له الحق الفسخ وانما وجب له ذلك (٢) (فرع) واختلف قول القائلين بالتخيير فقال ابن القاسم من شاء التأخير فذلك له وقال أصبغ من شاء التعجيل فذلك له وجه قول ابن القاسم ان الضرر يلحق من أراد التأخير بالتعجيل كما يلحق من أراد التعجيل بالتأخير وقد انعقد سلمهما بعين المسلم فيه فلا ينتقلان عنه للضرورة لاتفاقهما عليه لان فى نقلهما عنه مضرة لاحقة لمن كره التعجيل ونقل عين المبيع الى غيره ولانه اذا استوت الضرورة كان البقاء على حكم العقد أولى كما يلزم اذا لم يكن فى احدى الجهتين ضرورة ووجه قول أصبغ ان العقد مبنى على التعجيل فالضرر اللاحق بالتأخير مخرج عن حكم العقد فكانت مراعاته أولى من ضرر لا يخرج عن حكم العقد بل يرد اليه لانا نعلم ان المسلم اليه يلحقه ضرر بتسليم ما عليه من المسلم فيه لا سيما مع ضيق حاله ولكنه ضرر يقتضيه العقد فلا اعتبار به ولا يغير له شئ من حكم العقد (فرع) وقول مالك لا بأس أن يأخذ بقية رأس ماله ذكر الشيخ أبو محمد عن بعض شيوخه ان معناه اذا تراضيا وهذا غير صحيح من جهة النقل لان ابن حبيب روى عن مالك انه قال للمشترى أن يؤخر أو يعجل فهذا قول آخر فى التخيير وهو أن يكون مقصورا على المبتاع ووجهه ان الضرر يختص به فى تأخير ماله عليه تعجيله وهذا غالب الحال فكان الخيار مختصا به كمكترى السفينة وواجد العيب بالمبيع فيه المواضعة وفى كتاب محمد عن ابن القاسم مثل هذا السؤال الذى ذكره ابن حبيب عن مالك وقد تقدم وجهه (مسئلة) اذا قلنا انه يفسخ بينهما البيع فقد قال ابن أبى زمنين ان تحاسبا فجائز أن يأخذ بقية رأس ماله ما شاء معجلا حاشا الطعام لانه يدخله فى معنى قول مالك اقتضاء طعام معجل فى طعام مؤجل اذا كان له أن يؤخره الى قابل بالثمرة فتركها وأخذ مكانها طعاما كذلك قال ابن حبيب وقد خففه أصبغ فى الطعام على اقرار منه بالمعنى فيه وفى كتاب محمد يأخذ فيما لا يقطع ابانه من العنب زبيبا أو عنبا شتويا رطلا برطلين بعد العلم بما بقى من الثمن وكذلك من سلم فى لحم ضأن فانقطع ابانه فان له أن يأخذ بباقى سلمه لحم بقر أكثر أو أقل نقدا يقبض جميعه مكانه فاما على أن يأخذ كل يوم منه ما شاء فلا يجوز ذلك قال الشيخ أبو محمد يريد محمد على قول من يرى أن ليس لهما الا المحاسبة فيما ليس لحائط بعينه وروى عن ابن القاسم ابن الكاتب انما يقع ما ذكره اذا حكم بالفسخ أو أشهد بالفسخ فحينئذ يأخذ لحما من غير نوعه أقل أو أكثر للخلاف الذى فى أصل المسئلة وما فيه خلاف فانه يحتاج الى حكم أو اشهاد وقال الشيخ أبو محمد عبد الحق لا اعتبار بالاشهاد ولا تأثير له وانما الاعتبار بحكم الحاكم ص ﴿ قال مالك فى الذى يشترى الطعام فيكتاله ثم يأتيه من يشتريه منه فيخبر الذى يأتيه أنه قد اكتاله لنفسه واستوفاه فيريد المبتاع أن يصدقه ويأخذه بكيله ان ما بيع على هذه الصفة بنقد فلا بأس به وما بيع على هذه الصفة الى أجل فانه مكروه حتى يكتاله المشترى الآخر لنفسه وانما كره الذى الى أجل لانه ذريعة الى الربا وتخوف أن يدار ذلك على

* قال مالك فى الذى يشترى الطعام فيكتاله ثم يأتيه من يشتريه منه فيخبر الذى يأتيه انه قد اكتاله لنفسه واستوفاه فيريد المبتاع أن يصدقه ويأخذه بكيله ان ما بيع على هذه الصفة بنقد فلا بأس به وما بيع على هذه الصفة الى أجل فانه مكروه حتى يكتاله المشترى الآخر لنفسه وانما كره الذى الى أجل لأنه ذريعة الى الربا وتخوف أن يدار ذلك على

هـذا الوجـه بغـير كيل ولا وزن فان كان الى أجـل فهو مكروه ولا اختلاف فيه عندنا ﴿ ش
وهـذا كما قال ان شراء الطعام بالنقد اذا رضى المبتاع أن يصـدق البائع فى كيـله أو وزنه ان كان
موزونا فانه جائز وان كان قد روى ابن حبيب عن القاسم بن محمـد وغيره استثقاله وقال مالك وانما
كره ذلك اذا بيـع بالتأخـير والذريعة فيه أبين فعلى تأويل مالك لا يتعلق كراهيتهم له بالنقد بل ذلك
جائز بالنقد دون النساء وذلك انه ليس فى تصديقه فيما ابتاع بالنقد وجه بين من الذريعة الى أمر مكروه
وعلى انه قد ذكر أن الذريعـة فى التأخـير أبين وظاهر هذا اللفظ يقتضى ان فى النقـد وجها من
الذريعة ليس يفتى به (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن ابتاع طعاما سمى له كيله أو حضر كيله فقد قال
ابن المواز وابن حبيب عن أصبغ انه على الـكيل حتى يشترط التصديق ووجـه ذلك ان ضمانه من
بائعه وان كان قد اكتاله حتى يكيله المبتاع منه وقد يختلف الـكيل فيفسخ البائع منه اذا اشتراه على
مالا يرضى المبتاع (مسئلة) ومن ابتاع طعاما على الـكيل رجع بالتصديق فلا رجوع للمشترى الى
الـكيل رواه ابن المواز وابن حبيب عن أصبغ ووجـه ذلك انه قد التزمه على التصـديق وأسقط
عن البائع ما يلزمه من مؤنة الـكيل والضمان والرجوع بالنقص اليسير الذى يكون من نقص الـكيل
ففى هذه الأشياء الثلاثة يؤثر التصديق فلا رجوع للمشترى فيها بعد ان تركها للبائع (مسئلة) وان
أراد المبتاع بعد التصديق فيما اشترى على الـكيل وفيما اشترى على التصديق يكيله ان هو بحضرة بينة
قبل أن يغيب وكان له ذلك فان وجد نقصا لا يكون من نقص الـكيل مما يشبه الغلط كان له الرجوع
به وان غاب عليه قبل البينة فعلى البائع اليمين انه باعه على ما شاهد من كيله وان حلف برىء وان نـكل
حلف المبتاع ورجع بما نقص منـه وان وجد زيادة فى الـكيل فقـد روى ابن المواز عن أشهب من
اشترى صبرة على ان فيها كيلا سماه فوجدها تزيد فليرد الزيادة ويلزمه البيـع فى الباقى ووجـه ذلك
انه لما اشتراها على كيل معلوم كان النقص والزيادة للبائع فكما انه لو نقصت رجع على البائع كذلك
اذا زادت رد عليـه الزيادة (مسئلة) ومن ابتاع طعاما على التصديق فقال مالك لا يبيعه هو حتى
يغيب عليـه ويكيله لانه لم يتم بيعه الا بذلك وقاله ابن كنانة وأجاز ذلك ابن القاسم وابن الماجشون
وأصبـغ قاله ابن حبيب فى الواضحة وجه قول مالك ان الذريعة فى ذلك الى بيـع الطعام قبل استيفائه
لانه اذا أراد ذلك صدق البائع ثم باعه ثم أحضر بينة تشهد كيله على المبتاع منه فلا يضره التصـديق
ويرجع بما نقصه ووجه قول ابن القاسم انه قد خرج عن ضمان البائع فجاز له بيعه كما لو اكتاله (مسئلة)
ومن ابتاع زقا فيـه سمن بقمح جزافا وزعم بائع الزق ان فيـه عشرة أقساط ففى العتبية عن ابن القاسم
عن مالك انه كره أن يأخذ السمن بقول صاحبه وبه قال المخزومى واختاره سحنون وقال ابن القاسم
ذلك جائز ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ وجه القول الاول ما احتج به ابن حبيب
من انه طعام بطعام غـير ناجز لان له أن يختبر كيله بعد التفرق ووجه قول ابن القاسم ان التصـديق
معنى يخرج به الطعام عن ضمان البائع كالـكيل
(فصل) وقوله وما بيـع على هذه الصفة الى أجل فهو مكروه وقال لانه ذريعة الى الربا فان الذى يظهر
الينا من جهة المنع أن يكون المبتاع تجوز فى بعض الـكيل لما عليـه من الدين رجاء التأخـير بعـد
الأجل فيـكون ذلك من وجه هدية المديان ومن ابتاع بنقد فقد سلم من ذلك وأما قوله فهو ذريعة الى
الربا فلعله يريد ما ذكرناه لان ما يترك للبائع من نقص الـكيل زيادة ازدادها من مال المبتاع والله أعلم
(مسـئلة) ويجوز أن يبتاع الرجـل الطعام الى أجل ويصـدقه البائع على كيله اذا كان يكيله

هذا الوجه بغـير كيل ولا وزن فان كان الى أجـل فهو مكروه ولا اختلاف فيه عندنا

بالقرب قال عن ابن القاسم فى العتبية اذا كان فى السفر على الميل ونحوه وأما ان كان مما يتأخر كيله الأيام قال محمد عن ابن القاسم أو الى بلد يبلغه لم يجز ووجه ذلك ما احتج به من انه يضمن له البائع المبيع ونقصه المدة الطويلة وقال ابن القاسم فان كان عنده من ذلك الطعام بعينه ما يوفيه النقص جاز ذلك وان لم يكن عنده لم يجز ذلك وان قرب وذلك اذا قال له فما نقص وفيتكه قال ابن المواز واذا قيل له فما نقص فبحسابه وكان ذلك بالقرب فهو جائز سواء شرطاه فى أصل العقد أو اتفقا عليه بعد العقد غير انه لا ينقده الا قدر ما لا يشكان فيه وروى فى المدونة عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة انه مكروه على الاطلاق دون شرط قال لانه ان نقص الطعام كان قد كتب على نفسه ذكر حق للبائع بشئ لم يتم له فهذا لا يصلح ويدخله باب آخر وأبواب من الفساد والوجه الذى ذكره يتخلص منه بان لا يكتب ذكر الحق حتى يكتاله أو يبين فى ذلك الحق انه أخذه على التصديق فى كيله وأما الأبواب الأخر التى ذكرها من الفساد فلعله ما تقدم ذكره لابن القاسم ص ﴿ قال مالك لا ينبغى أن يشترى دين على رجل غائب ولا حاضر الا باقرار من الذى عليه الدين ولا على ميت وان علم الذى ترك الميت وذلك ان اشتراء ذلك غرر لا يدرى أيتم أم لا يتم قال وتفسير ما كره من ذلك انه اذا اشترى دينا على غائب أو ميت أنه لا يدرى ما يلحق الميت من الدين الذى لم يعلم به فان لحق الميت دين ذهب الثمن الذى أعطى المبتاع باطلا قال مالك وفى ذلك أيضا عيب آخر انه اشترى شيأ ليس بمضمون له وان لم يتم ذهب ثمنه باطلا فهذا غرر لا يصلح ﴾ ش وهذا على ما قال لا يجوز أن يشترى دين على غائب وذلك ان الدين الذى على الغائب لا يخلو أن يكون يثبت عليه بشهود عدول أو لا يثبت عليه ذلك الا بدعوى البائع له فان كان لا يثبت عليه الا بدعوى البائع له فلا خلاف فى المنع منه لما فيه من الغرر والخطر لجواز أن ينكر من هو عليه فيبطل ذلك كشراء الآبق وان نقد فيه دخله وجه آخر من الفساد لانه ان أنكره من هو عليه رجع بما نقد فيه وان نقد البيع فيه كان ثمنا لما اشتراه فيكون تارة بيعا وتارة سلفا وان ثبت ذلك ببينة عدول فهل يجوز شراؤه والذى عليه الدين غائب روى داود بن سعيد عن مالك اذا ثبت الدين ببينة وعلم ان الذى عليه الحق حى فلا بأس بذلك وروى عيسى عن ابن القاسم ثبتت له البينة أو لم تثبت لا أحبه الا أن يجمع بينه وبينه والذى عليه فى المدونة فى السلم الثانى (مسئلة) واذا ابعت الدين من غير من هو عليه ففى كتاب ابن المواز انه يجوز أن يؤخره بالثمن اليوم واليومين فقط ولا يؤخر الغريم اذا ابعته منه الا مثل ذهابه الى البيت وأما ان تفارقه ثم تطلبه فلا يجوز ووجه ذلك ان تأخير المبتاع اذا كان غيره من باب الكالئ بالكالئ واليسير منه معفو عنه كتأخير رأس مال السلم واذا ابعته من الذى عليه الدين فهو من باب فسخ الدين فى الدين ولا يجوز منه الا قدر ما لا يمكن القبض الا به فان كان ما يأخذه يسيرا فبقدر ما يأتى بمن يحمله وان كان طعاما كثيرا جاز ذلك مع اتصال العمل فيه ولو اتصل شهرا قاله أشهب (مسئلة) وهذا اذا كان ما يأخذه منه حاضرا أو فى حكم الحاضر كالشئ يكون فى منزله أو مخزنه أو حانوته فيذهبان من فورهما لقبضه وأما ان كان على ستة أميال فقد كرهه مالك حل الدين أو لم يحل رواه ابن المواز ووجه ذلك ما يدخله من التأخير الذى لا يكون من أجل القبض وانما هو من أجل مغيب المبيع (مسئلة) فاذا قلنا انه يجوز بيع الدين ممن هو عليه فهل يجوز أن يبيعه منه بكراء أو اجارة وروى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك منعه وروى أشهب عن مالك اجازته وجه رواية ابن القاسم انه معنى يعتبر به ما فى الذمة ولا يبرأ برأ تاما فلم يجز كما لو أخذ به جارية تتواضع أو

* قال مالك لا ينبغى أن يشترى دين على رجل غائب ولا حاضر الا باقرار من الذى عليه الدين ولا على ميت وان علم الذى ترك الميت وذلك ان اشتراء ذلك غرر لا يدرى أيتم أم لا يتم قال وتفسير ما كره من ذلك أنه اذا اشترى دينا على غائب أو ميت أنه لا يدرى ما يلحق الميت من الدين الذى لم يعلم به فان لحق الميت دين ذهب الثمن الذى أعطى المبتاع باطلا * قال مالك وفى ذلك أيضا عيب آخر انه اشترى شيأ ليس بمضمون له وان لم يتم ذهب ثمنه باطلا فهذا غرر لا يصلح

تمرايتأخر ووجه رواية أشهب ان المنافع لا يمكن قبضها الا بقبض الرقاب وذلك قد وجد (مسئلة) وأما استئجار من هو عليه كالثوب يصبغه أو يخيطه أو الحنطة يطحنها أو يكرى له منه أرضا فقد منعه مالك فى كتاب ابن المواز قال الا العمل اليسير والدين لم يحل فذلك جائز وان حل لم يجز فى يسير ولا فى كثير وكره مالك فى رواية ابن وهب فى دين لم يحل أن يستعمله له قبل الأجل قال أخاف أن يمرض أو يغيب فيتأخر حتى يحل الأجل فيصير دينا بدين ووجه ذلك أنه قبل الأجل من باب الكالئ بالكالى لانه مالم يحل الأجل فانه يبيعه الدين المؤجل الذى له عليه بالعمل الذى يعمله له ولا يكون فسخ دين فى دين لانه لم يحل بعد عليه فيفسخه فى غيره و يقتضى هذا ان دين كل واحد منهما بقى الى الأجل وأما اذا حل الأجل فانه يفسخ دينه الحال فى العمل ولذلك لا يبقى له فى ذمته بنفس الاستئجار ما كان له عليه (مسئلة) ومايضارع بيع الدين أن يكون على الرجل دين من عروض يقضيكها ببلد فتلقاه ببلد آخر فلا بأس اذا حل الأجل وتراضيتما أن تأخذ منه مالك عليه فى جنسه وصفته لا أفضل ولا أدون فان كان قبل الأجل لم يجز كان دينك من قرض أو بيع و يجوز ذلك فى البلد قبل الأجل مثله و يجوز فى القرض أجود منه رواه ابن المواز ووجه ذلك انه قبل الأجل اذا أعطاه بغير البلد لم يخل من حط عنى الضمان وأزيدك أو ضع وتعجل وكذلك القرض لانه ليس له أن يدفعه اليه بغير بلد القرض وان كان ببلد القرض أو قبل السلم جاز قبل الأجل مثله ولم يجز أدون ولا أفضل لما قدمناه و يجوز فى القرض أجود لان له أن يعجله ولا يجوز أدون لانه ليس للقرض أن يتعجله فيدخله ضع وتعجل ص ﴿ قال مالك وانما فرق بين أن لا يبيع الرجل الا ما عنده وأن يسلف الرجل فى شئ ليس عنده أصله ان صاحب العينة انما يحمل ذهبه التى يريد أن يبتاع بها فيقول هذه عشرة دنانير فما تريد أن أشترى لك بها فكانه يبيع عشرة دنانير نقدا بخمسة عشر دينارا الى أجل فلهذا كره ذلك وانما تلك الدخلة والدلسة ﴾ ش هذا على حسب ما ذكره ان من وجوه فساد بيع ماليس عنده وان جاز ذلك فى السلم ان عمل أهل العينة انما يقصدون بذلك الى سلف درهم فى درهم ونصف لانه يقول له هذه عشرة دنانير اشترى لك بها ما شئت أبيعه منك بخمسة عشر دينارا الى أجل فكانه باعه عشرة نقدا بخمسة عشر الى أجل وهذا الذى ذكره وجه من وجوه المنع من بيع ماليس عندك بسبب الذريعة وانما قصد لما كان يتكرر قصده والا فبيع ماليس عندك ممنوع لنفسه وقد روى جعفر بن أبى وحشية عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله يأتينى الرجل يسئلنى البيع ليس عندى أبيعه منه ثم ابتاعه من السوق قال فقال لا تبع ماليس عندك وهذا أحسن أسانيد هذا الحديث ومن جهة المعنى انه مبنى على ان السلم لا يصح الا مؤجلا واذا جوزنا السلم على الحول حمل الحديث على أن يبيع ماليس عنده وهو ان يبيعه شيأ معينا قبل أن يملكه و يتضمن خروجه من ملكه وعلى أن اسم البيع لا يتناول السلم فى الظاهر ووجه آخر انه يمنع منه لما فيه من الغرر لبيع ماليس عنده و يطلب عقيب البيع بقضائه فيتعذر عليه تسليمه وذلك يمنع صحة العقد كما لو كان معينا (فرق) وفرق بين شراء ما عند البائع و بين السلم فيه ان السلم اختص بالتأجيل فى المشهور من المذهب والبيع يختص بنفس المبيع وما اختص بأحد العقدين فانه يختص به على سبيل التصحيح للعقد كالأجل فى السلم * وفرق آخر وهو ان السلم ينافى التعيين فى المبيع لما فيه من التغرير فضمانه الى الأجل والبيع ينافى عدم التعيين لما فيه من التغرير بتعذر تحصيله وتفاوت ثمنه مع كونه حالا عليه فلا يجد السبيل الى تسليمه

* قال مالك وانما فرق بين أن لا يبيع الرجل الا ما عنده وأن يسلف الرجل فى شئ ليس عنده أصله أن صاحب العينة انما يحمل ذهبه التى يريد أن يبتاع بها فيقول هذه عشرة دنانير فما تريد أن اشترى لك بها فكأنه يبيع عشرة دنانير نقدا بخمسة عشر دينارا الى أجل فلهذا كره ذلك وانما تلك الدخلة والدلسة

﴿ ماجاء فى الشركة والتولية والاقالة ﴾

ص ﴿ مالك فى الرجل يبيع البز المصنف ويستثنى ثيابا برقومها انه ان اشترط أن يختار من ذلك الرقم فلا بأس به فان لم يشترط أن يختار منه حين استثنى فانى أراه شريكا فى عدد البز الذى اشترى منه وذلك ان الثوبين يكون رقمهما سواء وبينهما تفاوت فى الثمن ﴾ ش وهذا على ما قال ان الرجل اذا باع أصنافا من البز واستثنى منها ثيابا بما رقم عليها من الثمن أو بما كان عليه رقم جنس ما والاول أظهر فانه لا يخلو اذا استثنى بعض النوع الذى استثنى منه أن يستثنى الاختيار أو لا يشترط شيأ فان استثنى الاختيار فان له ذلك ولا يجوز ذلك اذا استثنى اختيار الأكثر منه وهو بائع وقد تقدم ذكره (مسئلة) وان لم يشترط شيأ فهو شريك فى ذلك النوع بقدر ما استثنى منه من جميع عدده وذلك مثل أن يكون ذلك النوع الذى استثنى منه ثلاثين ثوبا فيستثنى منها عشرة أثواب فانه يكون شريكا فى ذلك النوع من المتاع بالثلث له ثلثه ولمن ابتاعه ثلثاه

(فصل) وقوله وذلك ان الثوبين يكون رقمهما سواء وبينهما تفاوت فى الثمن يريد انه لا يكون له أفضلهما ولا أدناهما لتفاوت أثمان النوع الواحد من الثياب مع تساويها فى الرقوم اما لأن الرقم بمعنى النوع واما الغلاء أو رخص وأما أن البائع قدرقها على المشترى بثمن واحد يحمل بعضها بعضا فاذا لم يشترط تعيينا ولا اختيارا فلم يبق الا أن يكون شريكا بعدد ما استثناه والله أعلم ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا انه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة فى الطعام وغيره قبض ذلك أو لم يقبض اذا كان ذلك بالنقد ولم يكن فيه ربح ولا وضيعة ولا تأخير للثمن فان دخل ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير من واحد منهما صار بيعا يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع وليس بشرك ولا تولية ولا اقالة ﴾ ش وهذا على ما ذكره ان من ابتاع طعاما على كيل أو وزن أو عدد فلا يجوز له أن يبيعه حتى يستوفيه لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك ويجوز له أن يشرك فيه بأن يولى أحدا جزأ منه أو يوليه جميعه أو يقبل البائع منه وذلك كله قبل استيفائه والأصل فى ذلك ما روى ربيعة عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى وأرخص فى الشركة والتولية والاقالة ومن جهة المعنى أن هذا من عقود المكارمة فاستثنى من بيع الطعام قبل استيفائه كما استثنى بيع العرية من النهى عن بيع الرطب بالتمر

(فصل) وقوله اذا كان فى ذلك النقد ولم يكن فيه ربح ولا وضيعة يريد بقوله اذا كان فى ذلك النقد أو يكون البيع على النقد وتكون على ذلك الشركة أو التولية أو الاقالة ولو كان النقد الاول على التأجيل لم يجز ذلك وان كانت الشركة والتولية والاقالة الى ذلك الاجل لان من سنة هذه العقود أن تكون مساوية لما تقدمها من البيع ولا يكون فى شئ من العوضين نقص ولا زيادة غير ما انعقد به البيع الأول ولا يكاد الرقم يتساوى ولا تصح فى ذلك شركة ولا تولية ولا اقالة لعدم تساوى الرقم (مسئلة) واذا كان البيع الاول بالنقد جازت الشركة والتولية والاقالة بالنقد دون تأخير ولا زيادة فى الثمن ولا نقص منه لان ذلك يخرجه عن حكم الشركة والتولية والاقالة الى حكم البيع المحض المنافى للمكارمة المبنى على المغابنة والمكايسة والذى يمنع أن يملك به الطعام قبل استيفائه ولذلك قال مالك اذا كان فى ذلك تأخير أو زيادة ثمن أو نقص منه فليس بشركة ولا تولية ولا اقالة

(فصل) وقوله فان دخل ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير من أحدهما صار بيعا يريد انه لا تكون

﴿ ما جاء فى الشركة والتولية والاقالة ﴾

قال مالك فى الرجل يبيع البز المصنف ويستثنى ثيابا برقومها انه ان اشترط أن يختار من ذلك الرقم فلا بأس به فان لم يشترط أن يختار منه حين استثنى فانى أراه شريكا فى عدد البز الذى اشترى منه وذلك ان الثوبين يكون رقمهما سواء وبينهما تفاوت فى الثمن * قال مالك الأمر عندنا انه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة فى الطعام وغيره قبض ذلك أو لم يقبض اذا كان ذلك بالنقد ولم يكن فيه ربح ولا وضيعة ولا تأخير للثمن فان دخل ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير من واحد منهما صار بيعا يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع وليس بشرك ولا تولية ولا اقالة

الاقالة والتولية والشركة الاعلى حكم البيع الاول لازيادة عليه ولانقصان منه ولذلك كانت هذه العقود مبنية على المكارمة ولو كان من أحدهما تأخير بأن يؤخر المسلم اليه برأس مال المسلم أو يكون المبيع منه الطعام ثم قد أخر بثمنه ثم أقال منه على التعجيل أو اشترك أو ولى على التعجيل فان ذلك كله يخرجه عن عقود المكارمة الى المبايعة المحضة المبنية على المغابنة التى لا يجوز ايقاعها فى طعام بيع قبل استيفائه ولذلك قال يحله ما يحل البيوع من أن لا يقع بعد الاستيفاء و يحرمه ما يحرم البيوع فلا يقع قبل الاستيفاء والله أعلم ص ﴿ قال مالك من اشترى سلعة بزا أو رقيقا فبت به ثم سأله رجل أن يشركه ففعل ونقد الثمن صاحب السلعة جميعا ثم أدرك السلعة شئ ينتزعها من أيديهما فان المشرك يأخذ من الذى أشركه الثمن و يطلب الذى أشرك بيعه الذى باعه السلعة الا أن يشترط المشرك على الذى أشرك بحضرة البيع وعند مبايعة البائع الأول وقبل أن يتفاوت ذلك أن عهدتك على الذى ابتعت منه وان تفاوت ذلك وفات البيع الأول فشرط الآخر باطل وعليه العهدة ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من اشترى بزا أو رقيقا فبت شراءه يريد اشتراه على القطع دون الخيار ثم أشرك فيه رجلا بأن باعه نصفه أو جزأ منه ونقد الثانى صاحب السلعة يريد البائع جميع ثمن السلعة ثم استحقت فان دافع الثمن الى البائع يرجع على المبتاع الأول بجميع الثمن و يرجع المبتاع الأول بذلك على بائعه ووجه ذلك انه بيع مستأنف وكونه على صفة مخصوصة لا يخرجه عن أن تكون فيه العهدة على البائع ومعنى ذلك كله ان عهدة الشريك على من أشركه مع الاطلاق وعدم الشرط لما ذكرناه بأنه بيع مستأنف

(فصل) وقوله الا أن يشترط المبتاع على الذى أشرك بحضرة البيع وقبل أن يتفاوت ذلك ان عهدتك على الذى ابتعت منه يريد أن الشرط يصح فى الوقتين روى عيسى عن ابن القاسم انه ان اشترط عليه ذلك بحضرة البيع وقبل أن يفترقا مفارقة بينة و يقطع ما كانا فيه من البيع ومذاكرته وقبض منه حقه أو أخره به فانبت الأمر بينهما ثم أشركه بعد ذلك فان اشترط البيع قبل هذا أن تكون العهدة على البائع صح ما شرطه وان اشترط بعد ذلك فالعهدة على المشترط والمولى ولا ينتفع بشرطه وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله ص ﴿ قال مالك فى الرجل يقول للرجل اشتر هذه السلعة بينى و بينك وانقد عنى وأنا أبيعها لك ان ذلك لا يصلح حين قال انقد عنى وأنا أبيعها لك وانما ذلك سلف يسلفه اياه على أن يبيعها له ولو أن تلك السلعة هلكت أو فاتت أخذ ذلك الرجل الذى نقد الثمن من شريكه ما نقد له فهذا من السلف الذى يجر منفعة ﴾ ش وهذا على ما قال انه لا يجوز أن يقول الرجل للرجل اشتر هذه السلعة بينى و بينك بعشرة دنانير وانقد عنى وأنا أبيعها لك لان قوله انقد عنى اشتراط سلف يسلفه ثمنها ليكفيه هو مؤنة بيعها و يتولى ذلك دونه فقد جعل جعله فى الانفراد ببيع السلعة الانتفاع بما يسلفه الآخر من ثمنها الى أن يبيعها و يرد عليه ما أسلفه واستدل مالك على أن معنى هذا السلف بأن السلعة لو هلكت لرجع المسلف على شريكه بما أسلفه من ثمنها فاذا ثبت أن معناه السلف لم يجز ذلك لانا قدمنا أن من حكم القرض أن يكون على غير عوض ولا مقارضة وهذا يمنع صحة هذا العقد و يدخله مع ذلك غير ما وجه من وجوه الفساد

(مسئلة) فان وقع هذا فالسلعة بينهما وللسلف على صاحبه ما أسلفه نقدا فان لم يكن باع السلعة لم يكن بيعها الا أن العقد الذى وجب به عليه بيعها قد نقض وان كان المسلف قد باع السلعة فله أجرة مثله فيما باع من نصيب المتسلف وذلك أن الشراء وقع صحيحا لهما جميعا وانما وقع الفساد فى الاجارة

قال مالك من اشترى سلعة بزا أو رقيقا فبت به ثم سأله رجل أن يشركه ففعل ونقد الثمن صاحب السلعة جميعا ثم أدرك السلعة شئ ينتزعها من أيديهما فان المشرك يأخذ من الذى أشركه الثمن ويطلب الذى أشرك بيعه الذى باعه السلعة الا أن يشترط المشرك على الذى أشرك بحضرة البيع وعند مبايعة البائع الأول وقبل أن يتفاوت ذلك ان عهدتك على الذى ابتعت منه وان تفاوت ذلك وفات البائع الأول فشرط الآخر باطل وعليه العهدة * قال مالك فى الرجل يقول للرجل اشتر هذه السلعة بينى وبينك وانقد عنى وأنا أبيعها لك ان ذلك لا يصلح حين قال انقد عنى وأنا أبيعها لك وانما ذلك سلف يسلفه اياه على أن يبيعها له ولو أن تلك السلعة هلكت أو فاتت أخذ ذلك الرجل الذى نقد الثمن من شريكه ما نقد له فهذا من السلف الذى يجر منفعة

من أجل السلف فالسلف مردود والعامل أجر عمله فيما عمل لشريكه وله ربح حصته من السلعة ولشريكه ربح حصته (مسئلة) ولو ظهر على هذا قبل النقد لأمسك المسلف ماشرط عليه أن يسلفه وان كان قبل أن يعمل المسلف عمل فى حصته دون حصة شريكه وكان على شريكه أن يعمل فى حصته أو يستأجر المسلف استئجارا مستأنفا صحيحا ص ❊ قال مالك ولو أن رجلا ابتاع سلعة فوجبت له ثم قال له رجل أشركنى بنصف هذه السلعة وأنا أبيعها لك جميعا كان ذلك حلالا لا بأس به وتفسير ذلك ان هذا بيع جديد باعه نصف السلعة على أن يبيع له النصف الآخر ❊ ش وهذا على ماقال ان من اشترى سلعة وثبت له ملكها ثم أتاه رجل فقال له أشركنى فى نصف هذه السلعة وأنا أبيع لك جميعها فانه جائز وذلك انه باعه النصف الذى أشركه بنصف الثمن الذى ابتاعها به و بعمله فى النصف الباقى له يتناول بيعها الا أن يبيعها فلم يدخل فى ذلك شئ من الجهالة لان الثمن معلوم والسلعة معلومة وعمل الشريك فى بيعها معلوم ووجه تناوله فى ذلك معلوم والله أعلم وانما يتعلق به من وجوه الاعتراض انه جمع بين البيع والاجارة فى عقد واحد وذلك جائز عند مالك لانهما عقدان مبنيان على اللزوم ومقصودهما واحد فلا يتنافيان ولم يجز أن يجتمع الجعل والبيع فى عقد لان الجعل مبنى على الجواز والبيع مبنى على اللزوم فهما يتنافيان فلذلك لم يصح اجتماعهما (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان لجواز هذا العقد الذى ذكره مالك شروطا منها انه لا يجوز الا أن يضرب لمدة البيع أجلا فيقول على أن أبيع لك النصف الثانى شهرا أو شهرين أو ما اتفقا عليه من الأجل فان لم يضرب لذلك أجلا لم يجز هذا المشهور عن مالك وهى مسئلة أصل الكتاب وفى المدونة وذكر بعض الرواة عن مالك فيمن باع نصف ثوب على أن يبيع له المشترى النصف الثانى انه لا يجوز وان ضرب لذلك أجلا فهو أحرم له فوجه قولنا انه لا يجوز مع عدم الأجل و يجوز مع وجوده ان عدم الأجل يبطل عقد الاجارة وان كان معنى ذلك الاجارة وان كان معناه الجعل فلا يصح أن يقارن البيع لما قدمناه واذا ضرب الاجل صحت الاجارة وصح مقارنتها للبيع ووجه المنع من ذلك قال بعض شيوخنا القرويين ان معنى ذلك انه اشترى معينا لا يقبضه الا الى الاجل ❊ قال القاضى أبو الوليد ومعنى ذلك عندى انه ليس له أن يفوت النصف الذى صار اليه بالشركة قبل البيع أو انقضاء الاجل لانه لا يستحق جميع العين الا بانقضاء الاجل لان بعضه اجارة بيعه فى جميع المدة (فرع) فاذا قلنا بجواز ذلك فباع السلعة قبل انقضاء الاجل وذلك مثل أن يبيع منه نصف الثوب بعشرة على أن يبيع له النصف الثانى شهرا وكان قيمة بيعه اياه شهرا درهمين فصار ثمن الثوب اثنى عشر درهما فباعه فى نصف الشهر فان صاحب الثوب يرجع عليه بما بقى من اجارة المدة وذلك نصف سدس ثمن نصف الثوب وذلك ربع سدس قيمة الثوب كله قال ابن المواز يرجع بذلك ثمنا وقال يحيى بن عمر الا ان يكون الثوب قائما فيكون له شريكا به فيه ومعنى ذلك والله أعلم أن يكون انما باع الاجير نصف المستأجر و بقى نصفه الذى بيع منه واستؤجر به بيده (مسئلة) ومما يجب أن يشترط فى هذا العقد أن تكون السلعة مما تعرف بعينها كالحيوان والثياب والعروض مما ليس بمكيل ولا موزون فان كان مكيلا أو موزونا كالطعام والحناء ففى المدونة أنه لا يجوز ذلك وقال سحنون يقبض الطعام ويغاب عليه وقد يبيع فى نصف الاجل فيرد طعاما قد غاب عليه فيدخله السلف والاجارة

❊ قال مالك ولو أن رجلا ابتاع سلعة فوجبت له ثم قال له رجل اشركنى بنصف هذه السلعة وأنا أبيعها لك جميعا كان ذلك حلالا لا بأس به وتفسير ذلك أن هذا بيع جديد باعه نصف السلعة على أن يبيع له النصف الآخر

﴿ ماجاء في افلاس الغريم ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به وان مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء * مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه منه الفلس هو عدم المال وهو الاعسار قال الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولا يخلو أن يكون من ادعى ذلك مجهولا فلسه أو معلوما فلسه أو معلوما غناه فان كان مجهول الفلس ففي كتاب ابن المواز عن مالك يحبس الحر والعبد حتى يستبد أمره لعله غيب ماله وقال مطرف و يحبس النساء ومن فيه بقية رق في الدين في اللدد والتهمة و وجه ذلك أن ما يدعيه من الاعسار ينافيه اقراره بما عليه من الدين لانه قد أخذ عوضه وذلك يقتضي انه موسر به فالظاهر من حاله خلاف ما يدعيه فلذلك ألزمه السجن لتحقق حاله (مسئلة) ومن ادعى الفقر وظاهره الغنى وأقام بينة في الفقر ولم تزك بينته لم يؤخذ عليه حميل وسجن حتى تزكى بينته من كتاب ابن سحنون وذلك لما قدمناه من انه يدعي خلاف الظاهر من حاله (مسئلة) وهذا لمن تفالس و يقول لا شئ له وأما اذا حل الدين فسأل أن يؤخره و وعد بالقضاء فليؤخره الامام حسبما يرجوله ولا يعجل عليه حكاه ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال في كتاب سحنون ان سأل أن يؤخره يوما أو نحوه أخر و يعطى حميلا بالمال فان لم يجد حميلا به سجن و وجه ذلك أن تعذر القضاء قد يتجه على أكثر الناس اليوم واليومين والثلاثة فاذا أعطى حميلا بالمال وسأل النظرة الى مثل هذا المقدار مما لا مضرة فيه على المطالب له فللحاكم أن يوقفه مثل هذا التأخير وقال ابن الماجشون في سماك لرجل عليه سمك فسأل الصبر حتى يخرج فيصيد قال يصبر عليه ولم يشترط ابن الماجشون في روايته الحميل و وجه ما تقدم من رواية ابن سحنون الحميل في المال لانه لما جاز الاجل كان له أن لا يؤخره الا بحميل الا ان يكون هذا السماك عديما يعلم انه لا مال له ولا يجد قضاء الا من تصيده فيترك والتصيد لانه الوجه الذي يسلم اليه فيه والله أعلم (مسئلة) ومدة سجن المجهول الحال تختلف باختلاف الدين فروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فقال يحبس في الدريهمات اليسيرة قدر نصف شهر وفي الكثير من المال أربعة أشهر وفي الوسط منه شهرين و وجه ذلك انه سجن على وجه اختبار حاله فوجب أن يكون على قدر الحق الذي يختبر من أجله (مسئلة) و يحبس الوصي فيما على الايتام من دين اذا كان لهم في يده مال وكذلك الاب في دين الولد اذا كان له بيده مال رواه ابن سحنون عن ابن عبد الحكم ومعنى ذلك انه قبض له مالا ولا يعلم بقاءه فلا يقبل قوله لانه يدعي خلاف الظاهر (مسئلة) و يحبس الاب اذا امتنع من الانفاق على ولده الصغير ولا يحبس الاب في دين الولد يريد اذا كان له عليه دين يطلبه به وأما تركه الانفاق عليه فضرر يلحق الولد وغيره يطلبه به (مسئلة) و يحبس المسلم للكافر في الدين رواه ابن حبيب و يحبس السيد لمكاتبه في الدين و وجه ذلك ان الحقوق لا تعتبر فيها الحرمة والمنزلة الا الوالد في حق الولد لان حقه عليه ليس لاجل حرمته وقرابته لان حرمتهما

﴿ماجاء في افلاس الغريم﴾

*حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعا فافلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به وان مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه اسوة الغرماء * وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره

واحدة وانما ذلك لماله عليه من حق الابوة الموجبة للنفقة ويحبس سائر القرابات من الاجداد وغيرهم والله أعلم فان ظهر أنه لامال له ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم يحلفه ويطلقه ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك ومعنى ذلك أن يشهد له الشهود انهم لايعلمون له مالا ظاهرا ولا باطنا وينقضي أمر السجن ويلزمه هو اليمين لان الشهود انما يشهدون على العلم فعليه هو أن يحلف على الباطن بالبت كالرجل يستحق الدار فيشهد الشهود له على علمهم أنهم لايعلمون فوته فيحلف هو على الباطن بالبت والقطع انه مافوته

(فصل) وأما من ثبت فلسه وعلم عدمه فروى ابن وهب عن مالك في كتاب ابن حبيب لايحبس ان كان معسرا ولا شئ له وفي كتاب ابن المواز ان علم انه لا شئ له فلا يحبس حر ولا عبد ووجه ذلك قول الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة (مسئلة) ولا يؤاجر المفلس في دينه خلافا لابن حنبل والدليل على ذلك قول الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ومن جهة المعنى ان الدين انما يتعلق بذمته دون عمله قال ابن المواز سواء كان حرا أو عبدا مأذونا له في التجارة

(فصل) وأما من علم غناه أو كان ذلك ظاهر أمره ففي كتاب ابن المواز والعتبية يحبس حتى يوفي الناس حقوقهم أو يتبين انه لاشئ له فهذا لايصرف ولا يعجل سراحه حتى يستبرأ أمره قال وهذا مثل التجار الذين يأخذون أموال الناس ثم يدعون ذهابها ولا يعلم ذلك ولا يعلم انه سرق له شئ ولا أحرق له منزل ولا أصيب بشئ

(فصل) وانما يثبت فلسه بحكم الحاكم بذلك وانما يحكم الحاكم بذلك بعد أن يثبت عنده ما يوجب ذلك فيمنعه من التصرف في ماله ويحجر عليه فيه حتى يقسمه بين الغرماء ويعجل ماعليه من دين مؤجل ومن وجد سلعته كان أحق بها وهذا معنى تفليسه ولا يخلو أن يكون حاضرا أو غائبا فان كان غائبا وله مال حاضر فقام غرماؤه عليه ليفلس لهم فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن وهب عن مالك أن ذلك لهم وروى ابن القاسم في العتبية والواضحة ان كانت غيبة قريبة فيكتب اليه ويكشف عن أمره ليعرف ملاءه من عدمه وان كان بعيد الغيبة فلا يخلو أن يعرف حاله في العدم واليسار أو يجهل ذلك فان جهل ذلك فلس رواه ابن المواز عن أشهب وابن القاسم وان عرف يساره فقال ابن القاسم لايفلس وقال أشهب يفلس وجه قول ابن القاسم ان هذا معروف الملاءة فلا يفلس أصل ذلك اذا كان حاضرا ووجه قول أشهب ما احتج به من ان مال الغائب البعيد الغيبة لايقضى منه دين ولا يعرف ما يدل عليه فلا يمنع ذلك افلاسه (فرع) فاذا قلنا برواية مطرف وابن وهب انه يفلسه الحاكم ويقضي ديون الحاضرين وتحاصوا بما علم انه عليه لغائب ولا يؤخرون لاستبراء ماعليه لان ذمته باقية وأما الميت فان ذمته قد ذهبت فلذلك يستأنى بهم اذا كان معروفا بالدين رواه مطرف وابن وهب عن مالك (مسئلة) فان كان حاضرا فلا يخلو أن يريد جميع غرمائه تفليسه أو بعضهم فان أراد ذلك بعضهم فان للقائم تفليسه وسجنه رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وان أراد بعضهم ذلك (٢) ووجهه ان ذلك حق للطالب فلا يبطل باسقاط غيره عنه مثل ذلك الحق كما لو وهب بعضهم دينه لم يلزم غيرهم أن يهبه دينه أيضا ولمن أبى تفليسه أن يحاص القائم في مال المفلس ويقر بيد المفلس ما كان له بالمحاصة وليس للقائم أخذ ذلك منه في دينه رواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك أن تفليسه يقتضي تحاص غرمائه في ماله فمن أقر حصته بيده فهو بمنزلة من

استأنف معاملته بعد التفليس لم يكن للغرماء أخذ ما عامله به من المفلس (مسئلة) وهذا اذا قام من أراد اقرار حصته بيده وطلب المحاصة وأما من أمسك عن الطلب وعلم بالتفليس وتقاسم الغرماء ماله وهو حاضر فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية انه ان قام بعد ذلك فلا شئ له الا أن يكون له عذر فى تركه القيام أو يكون له سلطان ووجهه انه اذا علم بذلك وأمسك عن الطلب مع عدم العذر فالظاهر انه راض بذلك ومسوغ له حصته من ماله رضا بطلب ذمته مع خرابها أو رفقا به قال مطرف وابن الماجشون وذلك بمنزلة سكوته عما أعتق المفلس ثم يريد القيام به والله أعلم (مسئلة) ويصح ذلك من تفليسه بحكم الحاكم قال واذا قام غرماؤه فأمكنهم من ماله يتبعونه ويقتسمونه ففى العتبية من سماع ابن القاسم انه بمنزلة تفليس السلطان ووجه ذلك انه حكم لا يتعدى المفلس وغرماءه فاذا اتفقوا عليه ثبت بينهم ومعنى ثبوت الحكم بينهم أن يكون من عامله بعد التفليس أحق بيده ممن فلسه وأخذ حصته مما كان بيده رواه أصبغ وأبو زيد عن ابن القاسم (مسئلة) وهذا اذا وجدوا له مالا تحاصوا فيه فان لم يجدوا له شيأ فتركوه فتداين بعد ذلك فليس هذا بتفليس قاله ابن القاسم فى العتبية قال ولو بلغوا به السلطان ففلسه لكان هذا تفليسا لانه قد بلغ من كشف حاله مالا يبلغه غرماؤه ولو علم ان غرماءه يبلغون من ذلك مالا يبلغه السلطان رأيته تفليسا ولكن لا آخذ به خوف أن لا يبلغوا ذلك وقاله أصبغ (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففيه خمسة أبواب * الباب الأول فى حكم اقرار المفلس قبل التفليس وبعده * والباب الثانى فى حكم مالا ينتزع من ماله ولا يحجر عليه * والباب الثالث فى حكم ما يحجر عليه من ماله قبل البيع وبعده * والباب الرابع فى ديون المفلس بعد الفلس * والباب الخامس فيما تقع فيه المحاصة

(الباب الأول فى حكم اقرار المفلس قبل التفليس وبعده)

أما اقرار المفلس وبيعه لماله وقضاؤه عن بعض غرمائه ففى كتاب ابن حبيب فيمن أحاط الدين بماله ان قضى بعض غرمائه أو رهن فقد اختلف فيه قول مالك فقال يدخل فى ذلك باقى الغرماء وقال لا يدخلون وذلك ماض قال ابن القاسم وعلى هذا جماعة الناس وجه القول الأول انه محجور عليه فى ماله ولذلك لا يجوز له عتق بغير اذن غرمائه فأشبه الذى قد حكم الحاكم بتفليسه أو المريض فقد قال أصبغ فى العتبية ان المريض المخوف عليه لا يقضى بعض غرمائه دون بعض وان كان غير مخوف لم يحجر عليه القضاء فى ماله ووجه القول الثانى انه ليس بمحجور عليه لان بيعه جائز وكذلك قضاؤه دين البيع وانما يمنع من اتلاف ماله على غير وجه المعاوضة كالهبة والعتق (فرع) قال ابن القاسم واذا فطن المقتضى باستغراقه وبادر الغرماء فهو أحق وهذا مالم يكن الغرماء قد تشاوروا كلهم فى تفليسه ولم يرفعوه بعد فخالف بعضهم اليه فقضاه قال ابن القاسم قال يدخل معه سائر الغرماء وقال أصبغ لا يدخلون معه وجه قول ابن القاسم انهم اذا تشاوروا فى تفليسه فقد اتفقوا على التحاص فى ماله وذلك يقتضى اشتراكهم فيه فمن اقتضى منهم شيأ شاركه فيه الآخرون كما لو باعوا منه بعقد واحد ووجه قول أصبغ انهم لم ينفذوا ذلك فلم يوجد الاشتراك بينهم وانما يحصل الاشتراك بانفاذ التفليس والحجر عليه فيما بيده والله أعلم (مسئلة) والتفليس الذى يمنع قبول اقراره فيما روى ابن المواز عن مالك أن يقوم عليه غرماؤه على وجه التفليس قال محمد يريد وحالوا بينه وبين ماله وبين البيع الفاسد والشراء والأخذ والاعطاء فانه لا يقبل اقراره حينئذ بدين قال احمد بن ميسر ما كان قائم الوجه منبسط اليد فى ماله فانه يجوز اقراره الا أنه اذا خاف من قيام الغرماء فاقر لمن يتهم عليه من

والد أو ولد فاراه فاسدا و يبطل اقراره قال وليس كذلك اقراره للاجنبيين والله أعلم (مسئلة)
واذا أقر الرجل بمال فلا يخلو أن يكون ديون غرمائه بغير بينة أو ثابتة ببينة فان كانت انما هي باقرار
فيجوز ذلك لمن أقر له في ذلك المجلس و بلفظ واحد أو قرب بعض ذلك من بعض قاله مالك في كتاب
محمد و وجه ذلك أن ماثبت به دينهم بسبب واحد فلم يرد بعض ذلك دون بعض واذا أقر لقوم ثم استأنف
بعد مدة أو في مجلس واحد لغيرهم فانه لا يثبت اقراره للآخرين لان الدين الاول قد حجر عليه بسببه
فلم يكن له أن يقر بما يدخل النقص عليه كما لو ثبت ببينة وروى ابن حبيب عن ابن القاسم اذا أقر المفلس
لمن يتهم عليه أو لمن لا يتهم عليه ولا عليه بينة لغرمائه فان المقر له يحاص سائر غرمائه (مسئلة) وأما
ان كان الدين الاول ثبت ببينة فانه لا يجوز اقراره لمن يثبت دينه من الغرماء في وقت الحجر عليه لانه
يدخل نقصا على من ثبت دينه بالبينة بمجرد قوله وذلك غير جائز لان من حجر عليه في البيع والشراء
والأخذ والاعطاء فقد حجر عليه في الاقرار كالسفيه وفي كتاب محمد وقد كان من قول مالك ان من أقر
له المفلس ان كان يعلم منه تقاضيا له ومداينة وخلطة فانه يحلف و يحاصص من له بينة و وجه هذا
القول أن الحجر عليه غير ثابت لانه مأخوذ بهذا الاقرار و يتعلق بذمته ماتقدم من المخالطة له فيه
فوجب أن يحاص به وأما السفيه فان ماأقر به غير متعلق بذمته فلذلك لم يؤثر اقراره قال ابن حبيب
عن ابن القاسم سواء كان اقراره لمن يتهم عليه أو لمن لا يتهم عليه فانه غير جائز اذا كان للغرماء بينة وهذا
اذا كان الدين الثابت بالبينة وقد أحاط بماله فان لم يحط بماله جاز اقراره لمن أقر به قاله مالك في
الموازية احتج لذلك بان من ثبت دينه لم يكن له تفليسه والحجر عليه فجاز اقراره كسائر المتصرفين
(مسئلة) وهذا حكم اقراره بالدين واما أن يقول لبعض مابيده هذا قراض أو وديعة ففي العتبية
من قول ابن القاسم لا يصدق المفلس في ذلك كما لا يصدق في الدين و به قال أشهب و وجه ذلك انه
اقرار يدخل على الغرماء النقص فلم يجز كالاقرار بالدين كما لو قال له في مالي وديعة أو قراض ولم
يعين فان أصبغ قال لا يجوز اقراره وقال أصبغ يقبل قوله في الاقرار بالوديعة والقراض وان
لم يكن على أصل ذلك بينة قال لانه اقرار بامانة ولم يقر بدين رواه أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية
زاد أصبغ وذلك اذا أقر بمن لا يتهم عليه

(الباب الثاني فيما يقر بيده من ماله ولا يقبضه الغرماء في ديونهم)

ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك يترك له مافيه نفقته ولاهله ولعياله وكسوته ولاهله وفي
كسوة زوجته شك وقال سحنون في العتبية يترك له قدر نفقته وكسوته ولا يترك له كسوة زوجته
قال ابن القاسم يترك له لبسه الا ان يكون فيه فضل عن لباس مثله قال ابن القاسم في العتبية يترك له
مايكفيه هو وزوجته و ولده الصغير الأيام و روى ابن المواز وابن حبيب عن مالك قدر الشهر
و روى ابن المواز عن أصبغ ان كان الذي يوجد له قدر نفقته شهرا أو نحوه فليترك له يعيش به و وجه
ذلك ان مايختص به من لباسه لا يمكن أن يعرى منه لما في ذلك من هتك ستره وكشف عورته فيترك
له منه ما يكفيه مما جرت عادته بمثله لان هذا القدر لا يعاوض عليه وكذلك نفقة الأيام لنفسه ولبنيه
الصغار الى ان يتسبب في وجه نفقته لان اسلامه للهلاك دون قوت غير جائز وكذلك اخراجه عن
عادة مثله وأما كسوة الزوجة فتوقف فيها مالك وصرح سحنون بانها لا تترك لانها انما تصير لها على
سبيل المعاوضة ولها كسوة سواها انما تملكها وهي مما يطول بقاؤه و يدوم الانتفاع به كالنفقة التي
تزيد على مدة الأيام المتقدم ذكرها وبالله تعالى التوفيق (مسئلة) وماعدا ذلك من الحيوان

والأثاث والدور والأرضين والعروض فتتعلق حقوق الغرماء به ويباع ذلك عليه وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك يستأنى فى بيع ربعه بسوق الشهر والشهرين وأما الحيوان فالمدة اليسيرة وكذلك العروض والحيوان أسرع بيعا ومعنى ذلك والله أعلم لما يلزم من الانفاق عليه مع تسرع التغير اليه (مسئلة) وصفة بيعه بالخيار ثلاثا طلبا للزيادة رواه مطرف عن مالك وقاله ابن القاسم وسحنون وانما معنى ذلك انه ربما توقف الناس عن الزيادة الاعند توقع امضاء البيع واذا أمضى البيع لم ينتفع بالزيادة فكان الأفضل أن يبيع بالخيار ثلاثا ليكون كل من أراد الزيادة يعلم وقت فواتها فلا يؤخرها (مسئلة) ويباع على المفلس سريره وقبته ومصحفه وخاتمه قاله مالك واختلفوا فى بيع كتبه فقال مالك فى الموازية لاتباع عليه كتب العلم قال وكان غيره من أصحابنا يجيز بيعها فى الدين وغيره وانما هذه المسئلة مبنية على جواز بيعها فان مالكا منع من بيعها فى المدونة وغيرها لان طريقها النظر وليس بمقطوع بصحتها وجوز بيع المصحف لصحة مافيه وقد أباح بيعها الجمهور وقال محمد بن عبد الحكم بيعت كتب ابن وهب بثلاثمائة دينار وأصحابنا متوافرون فما أنكروا ذلك (مسئلة) ولا تؤجر أم ولد المفلس ويؤاجر مدبره وتباع كتابة مكاتبه قاله مالك فى الموازية ووجه ذلك أن أم الولد انما بقى له فيها الاستمتاع وذلك مما لايباع ولا يوهب وأما المدبر فان خدمته للمفلس وهو يعود مالا فجاز ان يباع ذلك عليه وكذلك كتابة مكاتبه حق مؤجل يطلب به المكاتب ويصح بيعه فتعلق به حق الغرماء أصل ذلك ماسلم فيه من العروض (مسئلة) ولا يجبر المفلس على اعتصار ماوهب لولده ولا على الاخذ بشفعة له فيها فضل قاله مالك فى الموازية ووجه ذلك أن هذا يملك ولا يجبر على ابتداء الملك بالقبول كما لا يجبر على قبول هبة توهب له أو وصية يوصى له بها رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية فى الصدقة ولو بذل له رجل السلف والعون لم يجبر على قبول ذلك رواه أصبغ عن ابن القاسم (مسئلة) وان ورث أباه فالدين أولى به ولا يعتق عليه الا ان يفضل منه شئ عن الدين فيعتق ولو وهب له لعتق ولا شئ فيه للغرماء رواه أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية قال لأنه لم يوهب له ليبيعه الغرماء وانما قصد بذلك العتق (مسئلة) والمرأة المديانة تفلس حتى تتزوج فليس لغرمائها أخذ مهرها فى دينهم الا أن يكون الشئ الخفيف كالدينار ونحوه فليس لها أن تقضيهم جميع صداقها وتبقى بلا جهازها قاله ابن القاسم فى العتبية ووجه ذلك ان حق الزوج متعلق بالجهاز وعلى ذلك أمره وقد تقدم بيانه فى النكاح (مسئلة) واذا رهق الرجل دين فزعم فى جارية انها أسقطت منه روى عيسى ومحمد بن خالد عن ابن القاسم لا يصدق الا أن تقوم بذلك بينة من النساء أو يكون قد فشا هذا قبل ادعائه أو كان يذكر ذلك والا بيعت للغرماء

(الباب الثالث فى ضمان مايتحاص فيه الغرماء من ماله)

المال لا يخلو أن يكون عينا أو غير عين فان كان عينا فاما أن يكون قد أوقف لذلك أو بيع له بعض ماوجد له فروى ابن القاسم عن مالك أن ضمانه من الغرماء ورواه عنه ابن وهب ومطرف وروى أشهب عن مالك أن ضمانه من المفلس ووجه ذلك أنه على الصفة التى يصح القضاء فيها ولا يحتاج الى القسمة ولذلك كانت من ضمان الغرماء وهذا يصح اذا كانت الديون عينا وكان ماوجد عنده من العين مثله فى صفته فأما ان كان دينه عروضا فقد قال يتحاص بقيمته ويشترى له بذلك مثل عروضه فالذى يحاص به العين فلذلك يصير ضمانه لأنه من حينئذ تفرد بملكه ومن أجله نقل الى

تلك الصفة ان كان يبيع به عرض واذا كان ماله طعاما والدين الذى عليه طعاما فيجب على قول ابن القاسم أن يكون من ضمان الغرماء لأنه على الصفة التى يستحقونها وانما وقف للقسمة بينهم فكان ضمانه منهم (مسئلة) واذا لم يكن عينا وقف للبيع فالذى روى ابن القاسم عن مالك ان ضمانه من المفلس وروى ابن الماجشون عن مالك ان ضمانه من الغرماء فعلى هذا رواية ابن القاسم عن مالك الغرماء يضمنون العين والمفلس يضمن غيره ورواية أشهب ان المفلس يضمن الجميع حتى يقتسمه الغرماء ورواية ابن الماجشون أن الغرماء يضمنون ذلك كله لما احتج به من انه لهم وقف وبسببهم منع ووجه رواية ابن القاسم ان ما كان من جنس حقوق الغرماء فضمانه منهم لانه لم يبق للمفلس به تعلق لأنه من جنس حقوقهم ووجه رواية أشهب ان حق التوفية بقى فيه فكان ضمانه من المفلس قال ابن المواز وقد قال ابن القاسم فلو اشترى من العين سلعة بعد التوقيف لمن ربحها فقال للمفلس يقضى منه دينه قيل له فكيف ربحه له وضمانه من الغرماء فسكت

(الباب الرابع فى حكم المحاصة)

أما حكمها فانه ينظر الى كل دين عليه مؤجل أجله بالفلس ويحاص صاحبه لغرمائه * قال مالك لان الفلس معنى يفسد الذمة فاقتضى حلول الديون كالموت وماله من دين مؤجل فانه يبقى الى أجله ويباع لغرمائه بما يجوز أن يباع به لأن خراب الذمة لا يوجب حلول الديون التى لها وانما يوجب حلول الديون التى عليها كخرابها بالموت (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يكون ما عليه من الديون متماثلا كالعين والمكيل والموزون أو غير متماثل فان كان متماثلا وكان جميعه عينا صير ماله عينا ويقاسمه الغرماء بان يعلم ما لكل واحد منهم فيجمع ثم ينظر كم مقدار ما وجد له من المال مما عليه من الدين فان كان النصف أخذ كل غريم نصف ماله من الدين وأتبعه بالباقى فى ذمته متى أيسر (فرع) وان كان عليه ثياب وعليه مثلها قال محمد بن عبد الحكم يدفع فيما له عليه قال الشيخ أبو محمد يريد ان أصابته بالمحاصة قيمتها وان كان ما عليه من الدين كطعام أو غيره من المكيل أو الموزون فقد قال محمد بن عبد الحكم اذا كان ماله طعاما وعليه مثله دفع الى غرمائه يريد والله أعلم يتحاصون فيه على ما تقدم لأنه من جنس مالهم كالعين (مسئلة) فان كان ماله دراهم وعليه دنانير أو كان ماله دنانير وعليه دراهم فقد قال محمد بن عبد الحكم لا يصرفها الا أن يصرفها من الغرماء بما تسوى برضاهم * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى ذلك عندى انه مما يقرب من دين الغرماء ويجمع اليه فى الزكاة فلا يكون حكمه حكم الحيوان والثياب فى لزوم بيعها وان أراد الغرماء أخذها تحاصوا فيها بصرفها (مسئلة) وان كان ماله عروضا فاشترى بعض الغرماء شيأ مما بيع عليه حوسب به فيما يقع به من المحاصة

(فصل) وان كان ما عليه من الدين غير متماثل مثل أن يكون له عليه عروض مختلفة الاجناس حيوان وعين فقد قال مالك فى كتاب محمد انه من أفلس وعليه عروض وحيوان أسلم اليه فيها فان المشترى يحاص بقيمة ذلك فما حصل له من القيمة اشترى له به ما شرطه وفى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم أنه ان كان له طعام من سلم حاص بقيمته فما أصابه بذلك يشترى له به مثل طعامه ما بلغ ولا يجوز أن يأخذ ما أصابه من القيمة ثمنا ولو كان السلم فى وصيف فدفع له ما يشترى به نصف وصيف خير أن يشترى له نصف وصيف ويتبع المفلس بنصف وصيف اذا أيسر وبين أن يترك حتى يبسر صاحبه فيأخذ منه وصيفا كاملا وليس له أن يأخذ هذه الدنانير ويتبعه بنصف وصيف أو بهبه

مابقى الاأن يكون ماأصابه مثل رأس ماله فأقل فيكون اقالة جائزة قال الشيخ أبو محمد يريد فى غير الطعام المسلم فيه (فرع) والاعتبار فى القيمة بقيمته يوم المحاصة رواه عيسى عن ابن القاسم وقاله مالك فى كتاب محمد ووجه ذلك ان ماله من الدين قد حل وان كان مؤجلا فانما له قيمته ذلك اليوم لانه وقت القضاء (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يشترى له بتلك القيمة مثل الذى له عليه فان تأخر الشراء حتى غلا سعره أو رخص فانه لاتراجع فيه بينه و بين الغرماء وأما التحاسب بينه و بين المفلس ففى زيادة ذلك أو نقصانه ووجه ذلك أن بالقسمة قد اختص كل واحد من الغرماء بما صار له بالقسمة وصار ذلك مختصا به فزيادته ونقصانه لايتعلق بسائر الغرماء (مسئلة) واذا اشترى من ماله من السلم اعتبر فى ذلك الصفات التى اشترطها فى السلم فان كان وصف الطعام بأنه جيد فقد قال محمد بن عبد الحكم يشترى له أدنى ماتقع عليه الصفة وقد قيل أوسط تلك الصفة ومعنى ذلك مايلزم المسلم اليه من تلك الصفة مع التشاح والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس فيما تقع فيه المحاصة)

وأما ماتقع فيه المحاصة فهو كل دين ثابت قد لزم ذمته وقد قال مالك للمرأة أن تحاص غرماء الزوج بصداقها أو مابقى منه رواه ابن حبيب وغيره عنه وهذا اذا كان قد بنى بها فان لم يبن بها ففى كتاب ابن المواز انها تحاص بجميعه لانه حق تعلق بذمته له اسقاط بعضه بطلاقها وله اثباته باستدامة نكاحها فان طلقها بعد الدخول فلا تأثير لطلاقها فى مسئلتنا هذه وان طلقها قبل الدخول فلا يخلو أن يكون لم يدفع اليها شيأ من الصداق أو يكون قد دفع اليها جميعه أو بعضه فان كان لم يدفع اليها شيأ من الصداق حاصت الغرماء بما وجب لها منه وهو نصفه وان كان قد دفع اليها جميعه كان لها نصفه والنصف الثانى دين لها عليه تحاص به الغرماء وان كان دفع اليها نصفه ففى كتاب ابن المواز والعتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم فى المطلقة قبل البناء وقد كان نقدها خمسين و بقى لها خمسون مؤخرة وفلس الزوج فلترد نصف النقد وتحاص الغرماء فيما ترد بنصف المهر قال ابن حبيب وهذا اذا طلقها بعد ان أفلس فأما لو طلقها وهو قائم الوجه فقد أوجب لها ما أخذت وتستحقه قبل فلسه فلا يؤخذ منها شئ وأما ان طلق بعد الفلس فجواب ابن القاسم صحيح وهذا الذى قاله محمد فيه نظر و يجب أن يعتبر ومعنى آخر وهو أن يكون نقدها قبل الطلاق أو بعد الطلاق فان كان نقدها قبل الطلاق على وجه استدامة النكاح فهذا انما سلمه اليها على أنه جزء من جميع صداقها فان طلقها بعد ذلك فى حال فلسه كان ماقاله ابن القاسم من التراجع وكذلك لو طلقها قبل الفلس فلم يتجز بينهما فى ذلك شئ فلا محاصة لان للزوج أن يرجع عليها بنصف مادفع اليها من المعجل و بقى نصف المؤجل الى أن يجىء أجله وأما ان تقاصا فى ذلك ورضى الزوج بترك الرجوع عليها فى المعجل فذلك على ماقاله ابن المواز لا يرجع عليها بشئ ولا ترجع هى بشئ لانه لم يدفعه اليها على أنه جزء من صداقها ولا أنه حق لاستدامة النكاح فى المستقبل وانما دفعه اليها على أنه جميع ماقد استحقت عليه فهو بمنزلة أن يكون قضاها دينا لها عليه من معاملة لم يبق له عليها من سببها شئ والله أعلم (مسئلة) ولو صالح الرجل زوجته بعشرة دنانير الى شهر فأفلست حاص الغرماء بها قاله مالك فى الموازية لانه دين ثابت له عليها قد استوفت ماعاوضت به عنه كما لو باعها ثوبا قبضته (مسئلة) والمطلقة الحامل لاتضرب بنفقة الحمل مع الغرماء وكذلك الزوجة فى العصمة لاتضرب بنفقتها مع الغرماء رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك ووجه ذلك انه معاوضة عن دين لم يقبض بعد أو نفقة على ولد وذلك مما لايحاص به الغرماء لان ديونهم قد تعلقت بذمته واستوفى

أعواضها وأما الزوجة تنفق على نفسها فى غيبة الزوج فان كان دون أن يرفع أمرها الى السلطان لم يحاص به الغرماء فان كان ذلك بعد أن رفعت الى الامام فانها تضرب به فى الفلس وهل تضرب به فى الموت قال ابن القاسم اختلف فيه قول مالك فيه فقال مرة تحاص به فى الموت كالفلس وقال مرة تحاص به فى الفلس دون الموت واختار ابن القاسم القول الاول ووجهه انه ثابت لازم لذمته لمعنى ماض قد استوفاه تجب المحاصة به فى الفلس فوجبت المحاصة له فى الموت كسائر الديون ووجه القول الثانى ان ما طريقه النفقات ضعيف لانها تسقط بالاعسار جملة ولا تتعلق بذمة ولذلك لا يحاص بها وان كانت قد لزمت وثبتت أسبابها (مسئلة) وأما نفقة الولد فقال ابن القاسم لا يضرب بنفقتهم فى موت ولا فلس وقال أشهب الولد كالزوجة وجه قول ابن القاسم انها نفقة لا تجب الا مع اليسار فلا يحاص بها الغرماء كالمستقبل من نفقة الزوجة ووجه قول أشهب ان نفقة الأبوين تلزم ابتداء من غير حكم حاكم فاذا كانت لامر ماض فى وقت يلزم الأب النفقة وجب أن يحاص بها كنفقة الزوجة (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب فقد قال أصبغ من أنفق عليهم من أم أو أجنبى بأمر سلطان أو بغير أمره والأب يومئذ ملىء فانه يضرب بهما فى الموت والفلس فان كان الأب يوم الانفاق معسرا فلا شئ للمنفق (مسئلة) وأما نفقة الأبوين فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك ان نفقة الأبوين لا يضرب بهما فى موت ولا فلس قال أصبغ الا أن تكون نفقة الأبوين قدرت بحكم أو تسلف وهو ملىء يومئذ فانها تضرب بها فى الموت والفلس ووجه قول مالك يحتمل أن يريد به النفقة المستقبلة وان كان أراد بها الماضية فان وجه ذلك انها على وجه الصلة فاشبهت الهبة التى لم تقبض ووجه قول أصبغ انه حق ثبت بحكم حاكم واستقر فى ذمته فوجب أن يضرب به فى ماله كسائر الديون (مسئلة) والمسجون فى دين امرأته أو غيرها ليس له أن تكون معه امرأته ولا أن تدخل عليه لانه سجن للتضييق عليه فاذا لم تمنع لذته لم يضيق عليه قاله سحنون ولو سجن الزوجان فى حق لم يمنعا أن يجتمعا اذا كان السجن خاليا ولو كان فيه رجال ونساء حبس الزوج مع الرجال وحبست المرأة مع النساء ووجه ذلك انهما مسجونان فلم يقصد لكونهما معه ادخال الراحة عليه والرفق به وانما قصد بذلك استيفاء حق على كل واحد منهما فاذا وجب السجن عليهما لم يمنعا الاجتماع لان التفريق ليس بمشروع وقد روى عن محمد بن عبد الحكم لا يفرق بين الأب والأبوين ولا غيرهما من القرابات فى السجن (مسئلة) ولا يمنع المحبوس فى الحقوق ممن يسلم عليه ولا ممن يخدمه وان اشتد مرضه واحتاج الى أمة تخدمه وتباشر منه ما لا يباشر غيرها وتطلع على عورته فلا بأس أن يجعل معه حيث يجوز ذلك ومن كتاب ابن سحنون ووجه ذلك ان منعه مما تدعوه الضرورة اليه يفضى به الى الهلاك وادخال المشقة العظيمة والعنت عليه وذلك غير لازم فى حقه (مسئلة) ويمنع المسجون من الخروج الى الجمعة والعيد ولا يخرج لحجة الاسلام ولا غيرها ولو أحرم بحجة فرض أو نذر أو بحجة حنث بها أو بعمرة ثم قيم عليه بأن حبس لم يكن له أن يحل ويبقى على احرامه من كتاب ابن سحنون ووجه ذلك ان هذه من حقوق الآدميين فليس له اسقاطها العبادة لا يفوت وقتها قال ولو ثبت ذلك عليه الدين يوم نزوله بمكة أو منى أو عرفة وهو محرم استحسنت أن يؤخذ منه كفيل حتى يفرغ من الحج ثم يحبس بعد النفر الأول واستحسن اذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو أخته أو أخيه ومن يقرب من أقربائه وخيف عليه الموت أن يخرج فيسلم عليه ويؤخذ منه كفيل بالوجه ولا يفعل ذلك به فى غيرهم من قرابته روى ذلك كله ابن سحنون وهذا سائغ لمن قال من أصحابنا بالاستحسان فأما القياس والنظر فالمنع من ذلك

ومن أنكر من أصحابنا الاستحسان منع ذلك كله وهو الصواب عندى والله أعلم

(فصل) وقوله أيما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به حمل مالك والشافعى هذا اللفظ على وجهه وقالا بذلك فى البائع المفلس يجد متاعه فانه أحق به من سائر الغرماء وقال أبو حنيفة لا سبيل له اليه وهو اسوة الغرماء فيه وحديث ابن شهاب ويحيى بن سعيد فى هذا الحكم حجة عليه والحديث الأول حديث ابن شهاب من مراسيل أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وهو مما اتفق على القول بها المالكيون والحنفيون على انه قد أسنده عبد الرزاق عن مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبى هريرة وحديث يحيى بن سعيد مسند وهو نص فى موضع الخلاف ودليلنا من جهة المعنى ان فلس المبتاع بثمن المبيع مع بقائه على صفته وعدم تعلق حق الغير به يوجب للبائع حق الفسخ ويجعله أحق به ان شاء أصل ذلك قبل القبض (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففى هذا ثلاث مسائل احداها بماذا تثبت السلعة للبائع والثانية فيما تثبت فيها لصاحبها والمسئلة الثالثة فيما تثبت فيها للغرماء فأما المسئلة الأولى فيما تثبت فيه السلعة للبائع وأن يقوم له بذلك بينة فان لم تقم له بذلك بينة وقال المفلس هى له ففى كتاب محمد اذا كان على الحق بينة فقال عند التفليس هذا متاع فلان فقيل يكون أولى به من الغرماء زاد ابن القاسم فى العتبية يحلف بائع العبد ويكون أحق به ولم يذكر أن تقوم بينة بأصل الحق قال ابن المواز انما يكون ذلك اذا قامت بأصل الحق بينة على اقراره بذلك قبل الفلس وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ان اقراره لهم بذلك جائز بغير بينة ولعل هذا فى الصناع والخلاف فيه واحد يحتمل أن يفرق بينهما بان الدين متعلق بالذمة فلا يتغير فى غيرها الا ببينة والصناع لا يتعلق ما سلم اليهم بذممهم وانما يضمنونه ان ضاع على وجه ما وقيل اذا لم يعين الشهود ذلك وانما شهدوا على اقراره بعبد أو سلعة لم يعينها فلا يقبل قوله فى تعيينها بعد التفليس وجه القول الأول انه اذا قامت بينة بأصل الحق وافترق بذلك اقرار المفلس له بالعين فانه يقوى حجة البائع لاسيما وليس هناك من يكذب قوله فكان القول قوله مع يمينه والله أعلم ووجه القول الثانى أن البائع مدع فى تعلق حقه بعين المبيع ولا يقبل منه ذلك الا ببينة (فرع) فاذا قلنا بالقول الثانى ففى كتاب ابن المواز يحلف الغرماء على علمهم فان نكلوا حلف البائع وأخذها ووجه ذلك ان البينة لما لزمته وعجز عنها حلف الغرماء على ما يعلمون صدقه فيما يقول ويكونون أحق بعين العبد فان نكلوا ردت اليمين عليه وحلف انه العبد الذى باع منه وكان أحق به (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الذى ثبت فيها لصاحبها انه بالخيار بين أن يأخذ سلعته بعينها وبين تسليمها ويحاص الغرماء بثمنها سواء زادت أو نقصت قاله فى العتبية والموازية ابن القاسم ورواه ابن حبيب عن مالك وقال الشافعى ليس له الا سلعته ولا سبيل له الى المحاصة بثمنها والدليل على ما نقوله ان السلعة قد ملكها المفلس بالشراء بثمن تعلق بذمته فلما غابت ذمته ودخل الثمن النقص كان للبائع الخيار بين أن يرد البيع ويرجع بسلعته وبين أن ينقده ويحاص بما ثبت له من الثمن وليس فى الافلاس معنى يفسخ به البيع حتى لا يكون للبائع الا سلعته (مسئلة) وأما الذى يثبت فيه للغرماء فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك ان للغرماء أن يدفعوا اليه جميع ثمنها قال ابن الماجشون ولهم أن يدفعوا اليه الثمن من أموالهم أو من أموال المفلس وقال ابن كنانة ليس للغرماء أن يفدوها بأموالهم ولكن يفدوها بثمنها فى مال المفلس ان كان له مال وقال أشهب ليس للغرماء أخذها بالثمن حتى يزيدوا على الثمن زيادة يحطونها عن

المفلس من دينهم وتكون لهم السلعة لهم نماؤها وعليهم تواها وفي هذا بابان أحدهما في وجه تصير الملك الى المفلس فيكون المصير أحق بها والثاني في الأموال التي يثبت الحكم فيها فأما الباب الاول فبأي وجه صارت السلعة الى المفلس من وجوه المعاوضة فانه يكون من صيرها اليه أحق بها فمن أصدق امرأته عبدا أو سلعا قبضتها ثم أفلست وقد طلقها الزوج قبل البناء فقد روى عن ابن القاسم الزوج أحق بنصف ماوجد من ذلك ووجه ذلك ان هذا عقد معاوضة فكان هذا حكمه حكم البيع (مسئلة) ومن وهب لثواب فتغيرت عند الموهوب ثم فلس فان الواهب أحق بها كالبيع رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وقاله ابن القاسم عن مالك قالوا الا أن يعطيه الغرماء قيمتها ووجه ذلك ماقدمناه من أنه عقد معاوضة (مسئلة) ومن اشترى من الغازين شيأ من المغنم ثم فلس فأهل المغنم الذين باعوه أولى بما زاد على قدر سهمه من الغرماء رواه ابن المواز عن أصبغ الا أنه شرط في ذلك شرطا قال وذلك اذا كان شراؤه منهم خاصة بقدر ماصار له ولهم دون الجيش والحق ثابت عليه لم يحل به بعضهم بعضا عليه فأما ان حيل عليه بما زاد على حقه فالمحال أسوة الغرماء اذا احتال وكذلك اذا لم يشتر من قوم بأعيانهم إذ ليست بسلع لقوم معينين انما هي غنائم يبيعها السلطان للخمس والجيش والمحيل ليس ببائع وانما أحيل بدين فهو وغيره سواء قال ابن المواز لاأدري من أين قال أصبغ وادّعى أن يكون المحال يقوم مقام من أحاله سواء يكون أحق بما زاد ثمنهم على سهمه على ما كان اشترى يوم الشراء (مسئلة) وأما من اشترى سلعة شراء فاسدا فأفلس البائع ثم فسخ البيع قال سحنون في كتاب ابنه المبتاع أحق بالسلعة حتى يستوفي ثمنها وقال ابن المواز لا يكون أحق بها وقال ابن الماجشون ان كان اشتراها بنقد فالمبتاع أحق بثمنها حتى يستوفي حقه وان اشتراها بدين فهو أسوة الغرماء قال ابن المواز وذلك سواء الا أن يجد ثمنها بعينه فهو أحق به ووجه قول سحنون انه لما كان قبضها قبضا يملك به كان كالرهن بيده فهو أحق بثمنها حتى يستوفي ماله فيها ووجه قول ابن المواز ان البائع انما يكون أحق بعين سلعته التي سلم لا بما سلم اليه فان ذلك يكون فيه أسوة الغرماء (مسئلة) ومن اشترى سلعة فردّها بعيب ثم أفلس البائع فوجد المبتاع السلعة بعينها ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم لا يكون الراد أحق به وأشار ابن المواز الى أنه انما يكون أحق بما دفع في السلعة المبيعة ان وجده بعينه ووجه ذلك ان الرد بالعيب ليس بمعاوضة وانما هو نقض للبيع والله أعلم

(الباب الأول في وجه تصير الملك الى المفلس فيكون المصير أحق بها)

وأما ما يثبت ذلك فيه من المبيعات فذلك ثابت في كل سلعة تعرف بعينها وان كانت مما لا يعرف بعينها فاذا ثبت انها هي سلعته بعينها ففي المدونة من رواية ابن وهب عن مالك فيمن اشترى زيتا فخلطه بزيته ثم أفلس فان للبائع أن يأخذ زيته لانها سلعة معينة فكان البائع أحق بها في فلس المبتاع لانه لم يحدث فيها عند المبتاع غير مزجها بما هو مثلها وذلك غير مؤثر في اخراجها عن ملكه ألا ترى ان خلط الرجل ملكه بملك غيره لا يخرجه عن ملكه وبيعه يخرجه عن ملكه ثم ثبت وتقرر أن البيع الذي ينقل لا يمنع البائع من أخذ ملكه عند فلس المبتاع فبأن لا يمنعه من ذلك المزج أولى وأحرى (مسئلة) وأما الدنانير والدراهم ففي العتبية من رواية سحنون عن أشهب في قوم اكتروا ابلا ودفعوا الثمن ثم فلس الجمال ووجدت دنانير أحدهم بيد الجمال بعينها أشهد عليها ان دافعها لا يكون أحق بها بخلاف السلعة وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك وابن عبد الحكم عن ابن وهب عن

مالك فيمن دفع الى صراف مائة دينار قبضها فى كيسه ثم أفلس مكانه ليس ذلك مما يمنع البائع من أخذ ماله * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ويحتمل عندى أن يكون الجواب الاول مبنيا على أن الدنانير والدراهم لا تتعين والثانى مبنيا على أنها تتعين كالعروض والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به يريد ان هذا هو الذى حكمه أن يرجع فى عين متاعه ان شاء ولا شئ عليه وأما ان كان قبض من ثمنه شيأ فسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله وان مات الذى ابتاعه فصاحب الحق فيه أسوة الغرماء يريد ان حكم الموت فى ذلك غير حكم الفلس لانه فى فلس المبتاع البائع أحق بسلعته وفى موت المبتاع البائع أسوة الغرماء وبهذا قال مالك وقال الشافعى صاحب السلعة أحق بها فى الموت والفلس وهما سواء والدليل على ما نقوله حديث ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وان مات الذى ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء والشافعى يقول بمراسيل سعيد بن المسيب وليست بأصح من مراسيل أبى بكر على أنه قد أسنده عبد الرزاق عن مالك عن الزهرى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم وعبد الرزاق ثقة ودليلنا من جهة المعنى ما احتج به القاضى أبو محمد من أن حظ تقديمه على غيره من الغرماء بعين ماله لاسقاط حق الغرماء وانفراده والفرق بين الفلس والموت ان فى الفلس الذمة باقية يرجع الغرماء اليها وينتظرون الاقتضاء منها وفى الموت تبطل الذمة فيكون ذلك اسقاطا لحق باقى الغرماء من مال قد ملكه غريمهم لا رجوع لهم منه بشئ والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا مات المبتاع قبل أن يوقف للبائع سلعته وأما ان مات بعد ذلك فقد روى فى العتبية عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى المفلس السلطان يوقف ماله ويوقف منه سلعة لبائعها منه ثم يموت المبتاع فان السلعة لبائعها اذا وقفها له السلطان وان مات المبتاع قبل أن توقف له فهو أسوة الغرماء وليس ايقاف المال ايقافا له وكذلك لو تعلق بها البائع وأراد أخذها فى حياة المبتاع وأبى ذلك الغرماء فانه يكون أحق بها (مسئلة) ومن اشترى سلعة معينة فلم يقبضها حتى مات البائع فالمشترى أحق بها فى الموت والفلس وكذلك لو ابتاع منه طعاما على الكيل فلم يكتله حتى مات البائع فالمبتاع أحق به لانه ليس فى الذمة ص * قال مالك فى رجل باع من رجل متاعا فافلس المبتاع فان البائع اذا وجد شيأ من متاعه بعينه أخذه وان كان المشترى قد باع بعضه وفرقه فصاحب المتاع أحق به من الغرماء لا يمنعه ما فرق المبتاع منه أن يأخذ ما وجد بعينه فان اقتضى من ثمن المبتاع شيأ فأحب أن يرده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء فذلك له * ش وهذا على ما قال ان من اشترى سلعا فباع بعضها ثم أفلس فان البائع أحق بما بقى منها من سائر الغرماء وبما يصيبه من الثمن وذلك بمنزلة أن يبيع منه سلعتين ثم يفلس المبتاع فيجد البائع احدى السلعتين وقد فاتت الأخرى فانه يقبض الثمن على قيمتها ثم يكون له أن يأخذ الباقية بما يصيبها من الثمن ويحاص الغرماء بما يصيب الفائتة من الثمن فان شاء سلم التى وجد وحاص بالثمن كله وقال الشافعى وابن حنبل ليس له أن يرد من الثمن شيأ وانما له أخذ ما بقى من سلعته لانه لو قبض جميع الثمن لم يرده ويأخذ السلعة فكذلك ههنا والدليل على ما نقوله ان قبضه لجميع الثمن قد سلم به العقد من العيب فى أخذ العوضين وأما اذا قبض بعض الثمن وقد أدرك الذمة التى يتعلق بها بقية الثمن عيب الفلس جاز له أن يرد ما أخذه من الثمن يتقسط على المبيع فيدخل

* قال مالك فى رجل باع من رجل متاعا فافلس المبتاع فان البائع اذا وجد شيأ من متاعه بعينه أخذه وان كان المشترى قد باع بعضه وفرقه فصاحب المتاع أحق به من الغرماء لا يمنعه ما فرق المبتاع منه أن يأخذ ما وجد بعينه فان اقتضى من ثمن المبتاع شيأ فأحب أن يرده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء فذلك له

* قال مالك ومن اشترى سلعة من السلع غزلا أو متاعا أو بقعة من الأرض ثم أحدث فى ذلك المشترى عملا بنى البقعة دارا أو نسج الغزل ثوبا ثم أفلس الذى ابتاع ذلك فقال رب البقعة أنا آخذ البقعة وما فيها من البنيان ان ذلك ليس له ولكن تقوم البقعة وما فيها مما أصلح المشترى ثم ينظر كم ثمن البقعة وكم ثمن البنيان من تلك القيمة ثم يكونان شريكين فى ذلك لصاحب البقعة بقدر حصته ويكون للغرماء بقدر حصة البنيان * قال مالك وتفسير ذلك أن تكون قيمة ذلك كله ألف درهم وخمسمائة درهم فتكون قيمة البقعة خمسمائة درهم وقيمة البنيان ألف درهم فيكون لصاحب البقعة الثلث ويكون للغرماء الثلثان * قال مالك وكذلك الغزل وغيره مما أشبهه اذا دخله هذا ولحق المشترى دين لا وفاء له عنده وهذا العمل فيه * قال مالك فأما ما بيع من السلع التى لم يحدث فيها المبتاع شيأ الا أن تلك السلعة نفقت وارتفع ثمنها فصاحبها يرغب فيها والغرماء يريدون امساكها فان الغرماء يخيرون بين أن يعطوا رب السلعة الثمن الذى باعها به ولا ينقصوه شيأ وبين أن يسلموا اليه سلعته وان كانت السلعة قد نقص ثمنها فالذى باعها بالخيار ان شاء أن يأخذ سلعته ولا تباعة له فى شئ من مال غريمه فذلك له وان شاء أن يكون غريما من الغرماء يحاص بحقه ولا يأخذ سلعته فذلك له

فيه ضرورة الشركة لانه اذا باع منه عبدا ورجع اليه نصف العبد أو ربعه فقد لحقه ضرورة الشركة وذلك غير لازم له فلذلك كان مخيرا بين أن يرد ما قبض ويرجع فى سلعته أو يسلمها ويحاص بجميع الثمن الغرماء

(فصل) وقوله فان اقتضى من ثمن المبتاع شيأ فاحب أن يرده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء فذلك له وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يجد سلعته كلها وقد قبض بعض ثمنها فان له أن يرد ما قبض ويأخذ سلعته أو يسلمها ويحاص الغرماء بما بقى له من الثمن والوجه الثانى أن يكون قبض بعض الثمن ووجد بعض السلعة فان له أن يرد مما قبض من الثمن بقدر ما يجب من الثمن لما وجد من السلعة ويمسك الباقى ويرجع فيما وجد من سلعته ويمسك بما يصيب ما فات من السلع مما كان قبض من الثمن ويحاص ببقيته الغرماء قال ابن القاسم فيمن باع ثلاثة أرؤس بمائة دينار وقيمة أحدهم نصف الثمن والآخر ثلاثة اعشار الثمن والآخر خمس الثمن فانه يفض المائة على ذلك فان كان قبض من الثمن ثلاثين دينارا افضت على الأرؤس الثلاثة فيصيب الذى قيمته النصف خمسة عشر ويصيب الذى قيمته ثلاثة أعشار تسعة دنانير ويصيب الآخر ستة دنانير فمن مات منهم حسب عليه فيه ما نقص من ثمنه وحاص بما بقى ومن وجد منهم رد ما وقع له وأخذه ان شاء الا أن يعطيه الغرماء بقية ثمنه وحاص بما بقى ووجه ذلك ان ما قبضه من الثمن انما قبضه عن جميع المبيع فيقبض على ذلك فما أصاب منه ما فات حسب له من ثمنه وحاص الغرماء ببقيته وما أصاب منه ما أدرك كان عليه أن يرده ويأخذ عين ماله أو يترك ما أدرك ويحاص بما بقى من ثمنه ص * قال مالك فيمن اشترى سلعة من السلع غزلا أو متاعا أو بقعة من الارض ثم أحدث فى ذلك المشترى عملا بنى البقعة دارا أو نسج الغزل ثوبا ثم أفلس الذى ابتاع ذلك فقال رب البقعة أنا آخذ البقعة وما فيها من البنيان ان ذلك ليس له ولكن تقوم البقعة وما فيها مما أصلح المشترى ثم ينظر كم ثمن البقعة وكم ثمن البنيان من تلك القيمة ثم يكونان شريكين فى ذلك لصاحب البقعة بقدر حصته ويكون للغرماء بقدر حصة البنيان قال مالك وتفسير ذلك أن تكون قيمة ذلك كله ألف درهم وخمسمائة درهم فتكون قيمة البقعة خمسمائة درهم وقيمة البنيان ألف درهم فيكون لصاحب البقعة الثلث ويكون للغرماء الثلثان قال مالك وكذلك الغزل وغيره مما أشبهه اذا دخله هذا ولحق المشترى دين لا وفاء له عنده وهذا العمل فيه قال مالك فأما ما بيع من السلع التى لم يحدث فيها المبتاع شيأ الا أن تلك السلعة نفقت وارتفع ثمنها فصاحبها يرغب فيها والغرماء يريدون امساكها فان الغرماء يخيرون بين ان يعطوا رب السلعة الثمن الذى باعها به ولا ينقصوه شيأ وبين أن يسلموا اليه سلعته وان كانت السلعة قد نقص ثمنها فالذى باعها بالخيار ان شاء أن يأخذ سلعته ولا تباعة له فى شئ من مال غريمه فذلك له وان شاء أن يكون غريما من الغرماء يحاص بحقه ولا يأخذ سلعته فذلك له * ش وهذا على ما قال فى هذه المسئلة فى الذى يبيع البقعة والغزل فيبنى المشترى فى البقعة وينسج الغزل ثم يفلس انما ينظر الى قيمة ذلك كله يوم الحكم فيه رواه عيسى عن ابن القاسم فى المدنية وقال يقوم جميع البنيان جملة ولا يقوم جدارا أو خشبة خشبة وانما يقال ما قيمة هذه الدار مبنية فتعرف قيمتها ثم يقال ما قيمة البقعة براحا لا بناء فيها فيكونان فيها شركاء صاحب البقعة بقيمة بقعته وصاحب البنيان بقيمة بنيانه ورواه عيسى عن يحيى عن ابن

نافع وفى المبسوط شرطان أحدهما أن يكون العمل زيادة فى المبيع والثانى أن يكون العمل لا بعينه وذلك أن يبيع جلودا فيدبغها المبتاع أو ثيابا فيصبغها أو يقصرها فان البائع يكون له أن يأخذ سلعته ويشارك الغرماء بقيمتها وروى أصبغ عن ابن وهب أنه قال ان ذلك فوت ثم رجع الى هذا وجه القول الاول ان العين قد تغيرت تغيرا لا سبيل ان تعود الى صفتها الاولى فكان ذلك فوتا فيها ووجه القول الثانى ان العين على ما كانت عليه وانما زيد فيها عمل وأضيف اليها معنى كالنسج (فرع) فاذا قلنا بالمشاركة فبما يشاركه قال ابن القاسم يكون الغرماء شركاء بقيمة الصبغ وقيمة النسج فى الغزل وقال محمد يكونون شركاء بقدر ما زاد الصبغ وقد قال ابن القاسم فى الصباغ يدفع الثوب الى ربه ثم يفلس ربه ان الصباغ يكون شريكا فى الثوب بما زاد فيه الصبغ وجه القول الاول ان المشترى قد صنع فيه ما يجوز له وأنفق فيه نفقة فيجب أن يشارك بقيمتها لأن الصناعة التى أحدث فيه المشترى بمنزلة ما أضيف الى الثوب كما لو أخطأ الصباغ بثوب ووجه القول الثانى ان الفلس معنى يثبت فى الخيار فى رد الثوب الى بائعه فوجب أن يشارك بما زادت قيمة الصبغ والعمل كالرد بالعيب (مسئلة) ومن اشترى زبدا فعمله سمنا أو ثوبا فقطعه قميصا أو خشبة فعملها بابا أو تابوتا أو كبشا فذبحه فقد روى ابن حبيب عن أصبغ ان ذلك كله فوت وليس لبائعه الا المحاصة بخلاف العرصة تبنى والغزل ينسج وروى مطرف وغيره عن مالك فى الجلود تقطع نعالا ان ذلك فوت وأما الثياب تقطع فلا أدرى والفرق بينه وبين الغزل ينسج ان النسج عمل وصناعة معتادة تزيد فى القيمة وأما القطع فيعتبر وهو مما ينقص القيمة فى الغالب ولذلك كان فوتا وكذلك من اشترى قمحا فخلطه ثم أفلس كان لصاحب القمح أن يأخذ قمحه ولو خلطه بقمح ردىء مسوس مغلوث لكان ذلك فوتا يمنع البائع من أخذه والله أعلم (مسئلة) ومن اشترى ثمر حائط فى رؤس النخل ثم فلس المبتاع بعد ان يبس التمر فأراد البائع أخذه بحقه فاختلف قول مالك فيه فى العتبية فأجازه مرة ومنعه أخرى وجه القول الاول واليه ذهب أشهب انه أخذ عين ماله وانما تبقى الذريعة الى بيع الرطب بالتمر والزام ذلك بحكم ينفى الذريعة وتبعد التهمة ووجه رواية المنع واليه ذهب أصبغ اثبات حكم الذريعة وان حكم بها حاكم وهذا أصل اختلاف قول مالك واختلفت أقواله وأقوال أصحابه فى مسائل تشبه ذلك ويبنى الخلاف فى هذه المسئلة أيضا على أصل آخر وهو اختيار البائع أخذ سلعته اذا فلس المبتاع هل هو ابتداء بيع أو نقض للبيع الاول فاذا قلنا انه ابتداء بيع روعى فيه من الذرائع ما يراعى فى عقود البيع واذا قلنا انه نقض بيع لم يحتج الى مراعاة ذلك والله أعلم وقد اختلف أصحابنا فى عبد أبق ثم أفلس المبتاع ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم له أن يرضى بالعبد ولا شئ له غيره أو يحاص الغرماء وليس له أن يحاص بقيمته على انه ان وجده أخذه ورد ما حاص به وهذا مبنى على انه نقض للبيع وروى ابن حبيب عن أصبغ انه ليس لبائع الآبق أخذه بالثمن واختاره ابن حبيب وهذا مبنى على انه عقد بيع ولا يجوز شراء الآبق (مسئلة) ومن ابتاع قمحا فزرعه ثم أفلس روى ابن المواز عن أصبغ لا يكون البائع أحق به فأما الذى زرعه فبين انه لا يكون أحق به لان تلك العين التى باعها قد تلفت والقمح الذى نبت عين أخرى وليس فى الفوات أبين من هذا وأما منع ذلك فى الذى طحن فيبنى على أصلين أحدهما انه لا يجوز بيع الحنطة بالدقيق والثانى ارتجاع البائع عين ماله بشراء حادث فلذلك منعه والله أعلم ويحتمل أن يبنيه على ان تفريق الأجزاء مانع من رجوع البائع فيه ومفيت له كقطع الثوب (مسئلة) واذا اختلط ما ابتاعه من قمح أو زيت أو

غيرهما وعرف ذلك ببينة ثم أفلس فان للمبتاع أخذه من جملة الطعام قاله مالك وقال الشافعي اذا خلطه فقد فات ولا يكون البائع أحق به والدليل على ما نقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا قد وجد ماله بعينه ومن جهة المعنى ان هذا بائع مدرك لعين ماله في فلس غريمه فكان أحق به من غيره كما لو لم يخلطه بسواه (مسئلة) ولو اشترى طعاما من جماعة فخلطه ثم أفلس كانوا أحق به من سائر غرمائه قاله أشهب في العتبية ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك وكذلك الدنانير يدفعها الرجل الى الصراف يخلطها بكيسه ثم يفلس مكانه والبز يشترى به فيرفوه و يخلطه ببز غيره فليس ذلك مما يمنع البائع من أخذ ماله قاله ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ ووجه ذلك ان خلطه بمال لا يمنع البائع من أن يكون أحق به فبان لا يمنع ذلك خلطه بمال بائع آخر أحرى وأولى (مسئلة) وأما ان خلطه بغير جنسه فلا يخلو أن يفسده ذلك أو لا يفسده فان كان ذلك مفسدا له فقد قال أصبغ فيمن خلط ما اشترى بغير جنسه مثل أن يخلط زيت الفجل بزيت الزيتون أو القمح بالمغلوث جدا أو المسوس حتى يفسد فان ذلك يفيته وأما ان خلطه بغير جنسه على وجه لا يفسده بل على المعتاد من استعماله له مثل أن يشترى من رجل عسلا ومن آخر حريرة يلتها بالعسل ثم يفلس فقد قال محمد انهما أحق بذلك من سائر الغرماء يتحاصان في ثمنها بقيمة هذا من قيمة هذا قال ابن القاسم ثم وقف عنها محمد والله أعلم ص ﴿ قال مالك فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت عنده ثم أفلس المشترى فان الجارية أو الدابة وولدها للبائع الا أن يرغب الغرماء في ذلك فيعطونه حقه كاملا و يمسكون ذلك ﴾ ش وهذا على ما قال فيمن اشترى جارية فولدت عنده ثم أفلس فان للبائع أخذها وولدها لانه نماء من جنس العين كالسمن والنماء الحادث في العين على ضربين نماء من جنس العين كالولد ونماء من غير جنسه كثمر الشجر وصوف الغنم ولبن الأنعم وغلة الدور والعبيد فأما الضرب الاول فان حدث الولد عند المشترى ثم أفلس فان للبائع أخذه مع أمه على ما ذكرا أو تركها مع ولدها ومحاصة الغرماء بجميع الثمن فان لم يجد فلا يخلو أن يكون المشترى باع ذلك أو لم يبعه فان كان باع الأولاد ووجد الأم ففي كتاب ابن المواز عن مالك له أن يأخذ الأم بجميع الثمن أو يسلمها و يحاص الغرماء وذكره عيسى عن ابن القاسم في العتبية قال ولا شيء له في الولد وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم عن مالك أنه يقسم الثمن على الأم والولد فيأخذ الأم بحصتها من الثمن و يحاص بما أصاب الأولاد من الثمن ووجه الرواية الأولى ان الولد لم يتناوله البيع وانما كان نماء حدث فان لم يجده فلا شيء له منه كالثمرة واللبن والغلة ووجه الرواية الثانية انه نماء من جنس العين فكان للبائع أخذه وأخذ ثمنه ان كان باعه ولا يجوز اعتباره بالغلة لان الغلة من غير الجنس ولانه لو وجد الولد وحده لكان له أخذه والمحاصة ببقية الام من الثمن ولو وجد النماء من غير الجنس لم يكن له ذلك فيه (مسئلة) وأما ان لم يبع المشترى الولد ولكنه تلف فان كان تلف على وجه لا عوض فيه كالموت والاباق فقد قال مالك في العتبية والموازية لو ماتت الام وبقي الولد أو مات الولد وبقيت الام فليس له أخذ الباقي منهما الا بجميع الثمن أو الترك والمحاصة بجميع الثمن أو اسلامه وقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فيمن باع أمة فعميت أو اعورت بغير جناية ثم أفلس فاما أخذها البائع بجميع الثمن أو أسلمها * قال مالك وكذلك الثوب يخلق أو يدخله فساد كالأمة (فرع) وأما ان تلف على وجه فيه العوض مثل أن يجني عليه جان فان أخذ له عقلا فهو مثل بيعه رواه ابن حبيب عن ابن القاسم وان لم يأخذ له عقلا فهو مثل الموت ولو كان المشترى هو

*وقال مالك فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت عنده ثم أفلس المشترى فان الجارية أو الدابة وولدها للبائع الا أن يرغب الغرماء في ذلك فيعطونه حقه كاملا و يمسكون ذلك

الجانى عليه فلم أر فيه نصا وهذا كله اذا احدث الولد عند المشترى فأما لو بيعا جميعا فهو بمنزلة سلعتين بيعا فى صفقة واحدة فى وجود من وجد منهما رواه ابن وهب عن مالك

(فصل) وأما ما كان من النماء من غير جنس المبيع فلا يخلو أن يكون موجودا حين البيع أو حدث بعد ذلك فما كان منه موجودا حين البيع على صفة نبينها بعد هذا ان شاء الله تعالى مثل الصوف على ظهور الغنم قال أصبغ قد حان جزازه فجزه المبتاع ثم أفلس فان كان موجودا وكان على ظهور الغنم لم يجزه فهو للبائع مع الرقاب عند ابن القاسم ولو جزه المبتاع ولم يفت ففى كتاب ابن حبيب عن أصبغ للبائع أخذه مع الغنم وقد روى محمد عن ابن القاسم وان كان قد مات ثم فلس قال أصبغ لا يكون للبائع الا قيمته بقسط الثمن على الصوف ورقاب الغنم يحاص الغرماء بما للصوف من الثمن فكان له أن يأخذ الغنم بباقى الثمن أو يسلمها رواه ابن المواز وابن حبيب عن ابن القاسم ووجه ذلك انه يصح افراده بالبيع فكان له حصة من الثمن كالسلعتين (مسئلة) وأما الثمرة تباع مع الأصل ففى كتاب محمد وكتاب ابن حبيب قد أبرت فيقضى له بحصتها من الثمن وأما ما قبل ذلك فحكمها حكم المبيع لانه لا يجوز افرادها بالبيع ولا حصة لها من الثمن وانما راعى ابن حبيب الابار لانها حينئذ لا تتبع النخل الا بالشرط فكان لها على هذا حصة من الثمن وان فلس المبتاع قبل أن يجدها فهو أحق بالأصل والثمرة ما لم يفارق الأصل وقيل ما لم تيبس وروى القولان عن مالك قال ابن القاسم القول الأول هو القياس والثانى هو الاستحسان وهو أحب الى ووجه الأول ما قدمناه قال مالك ما دامت الثمرة فى رؤس النخل لم تجد ولم تبع فهى كالولد وهذا على القول الاول جعلها ما دامت متصلة بالأصل كالنماء الحادث فيه من جنسه وأما ان كانت قد جدت فقد قال محمد للبائع قيمة ذلك عند ابن القاسم ويحتمل أن يكون هذا على ما قدمناه من أن لا رتجاع المبيع حكم العقد وهذا ثمر قد انفصل من أصله فوجب عوضا عن ثمرة موهبة فلم يجد ذلك فرجع فيه الى القيمة (مسئلة) وان لم يكن فى الشجر عند البيع ثمر ولا على ظهور الغنم صوف ثم استغلها المشترى مدة أعوام ثم أفلس فان البائع يأخذ الأصول ولا شئ له من الغلة وان كانت الثمرة باقية فى الشجر والصوف باق على الغنم ففى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم ان كان فى النخل يوم التفليس ثمر قد طابت فهى للغرماء وكذلك ما حل من غلة دار وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك ان للبائع أخذها بثمرها ما دامت فى النخل وجه القول الاول انه قد جاز افرادها فكان لها حكمها كالتى جدت ووجه القول الثانى أنها ما دامت متصلة بملك البائع وغير مفارقة له فانها لم تزل عن ملكه فكان له استرجاعها فى الفلس كنماء الأغصان ما لم يطب من الثمر وصوف الغنم (فرع) وأما الصوف على ظهور الغنم يكون قد تم عند المفلس ففى العتبية أنه للبائع والفرق بينه وبين الثمرة على قول ابن القاسم انه للغرماء ما احتج به من أن الصوف يكون للمشترى بمطلق العقد فى بيع الغنم والثمرة المأبورة فلا يكون له بمطلق العقد والله أعلم

﴿ ما يجوز من السلف ﴾

﴿ ما يجوز من السلف ﴾ * حدثنى يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء ابن يسار عن أبى رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرا فجاءته ابل من الصدقة قال أبو رافع فأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أقضى الرجل بكره فقلت لم أجد فى الابل الا جملا خيارا رباعيا

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبى رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرا فجاءته ابل من الصدقة فقال أبو رافع فأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضى الرجل بكره فقلت لم أجد فى الابل الا جملا خيارا رباعيا

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطه اياه فان خيار الناس أحسنهم قضاء * ش قوله استسلف
رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرا يدل على جواز ثبوت الحيوان في الذمة وانما يضبط بالصفة ولولا
ذلك لما جاز ثبوته في الذمة عوضا عما يستقرضه المستقرض لانه لاخلاف ان عليه رد مثل ما
استقرض ووافقنا على ذلك أبو حنيفة ومنع منه في السلم وقد تقدم الكلام فيه (مسئلة)
والقرض يجوز أن يكون مؤجلا وغير مؤجل فان كان مؤجلا لم يكن للقرض أن يطالبه قبل الأجل
وللمستقرض أن يدفعه متى شاء قبل الأجل اذا كان عينا لانه انما أقرضه لمجرد منفعة المستقرض ولا
يكون ذلك منفعة للمقرض ولو كان له أن يبقيه في ذمة المستقرض الى الأجل لكان في ذلك وجه
منفعة يمنع صحة القرض وان كان قد أقرضه عرضا

(فصل) وقوله فجاءته ابل من الصدقة قال أبو رافع فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن
أقضي الرجل بكره لا يخلو أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم يقترض البكر لنفسه أو لغيره من أهل
الصدقة فان كان اقترضه لنفسه فانه لا تحل له الصدقة وقول أبي رافع له لما جاءته ابل من الصدقة أمره
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقضي الرجل بكره يحتمل وجوها أحدها ان ما أمره أن يقضي
منه الرجل كان من ابل الصدقة قد بلغ محله ثم صار الى النبي صلى الله عليه وسلم بابتياع أو غيره وان كان
أقرضه لاحد من أهل الصدقة جاز أن يقضيه منها كما يستقرض والي اليتيم على ماله غير أنه لا يجوز أن
يعطي من أموال المساكين ما هو أفضل مما أخذ لهم الا أن يكون المقرض من أهل الصدقة فيكون
فضل الشئ صدقة عليه وليس في الحديث ما يدل على اخراج الزكاة قبل حلولها على قولنا انه استقرض
للمساكين وانما فيه ما يدل على أنه استقرض للمساكين من رجل لا تجب عليه صدقة أو تجب عليه
الصدقة فيقضيه قرضه كما فعل صلى الله عليه وسلم ويقبض منه ما وجب عليه من الزكاة فلو كان من باب
تعجيل الزكاة قبل الحلول لتعجلها ولم يحتج أن يقرض ولو شاء لعجلها اقتراضا لما احتاج أن يقضيه
عند الاجل ولو تعلق متعلق بأن هذا الحديث يدل على المنع من ذلك لما ذكرناه ما أبعد والله أعلم
ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم انما يكون له هذا البكر الذي قضاه من ابل الصدقة
اما بعد أن بلغ محله وصار لعامل عليها أو غيره من الغارمين أو الفقراء أو أبناء السبيل ممن احتاج
الى بيعه وقد روى أبو سلمة عن أبي هريرة أن رجلا تقاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأغلظ
له فهم أصحابه به فقال دعوه فان لصاحب الحق مقالا واشتروا له بعيرا فأعطوه فقالوا لانجد الا أفضل
من سنه قال اشتروه فأعطوه اياه فان خيركم أحسنكم قضاء ولا يبعد أن يكون ذلك كله في قضية
واحدة فحفظ أبو رافع ان أصله من ابل الصدقة وحفظ بعض الرواة عن أبي هريرة الشراء ص

* مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد أنه قال استسلف عبد الله بن عمر من رجل دراهم ثم قضاه
دراهم خيرا منها فقال الرجل يا أبا عبد الرحمن هذه خير من دراهمي التي أسلفتك فقال عبد الله بن
عمر قد علمت ولكن نفسي بذلك طيبة * قال مالك لا بأس بأن يقبض من أسلف شيأ من الذهب
أو الورق أو الطعام أو الحيوان ممن أسلفه ذلك أفضل مما أسلفه اذا لم يكن ذلك على شرط منهما أو وأي
أو عادة فان كان ذلك على شرط أو وأي أو عادة فذلك مكروه ولا خير فيه * قال مالك وذلك أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قضى جملا رباعيا خيارا مكان بكر استسلفه وان عبد الله بن عمر استسلف
دراهم فقضاه خيرا منها فاذا كان ذلك عن طيب نفس من المستسلف ولم يكن ذلك على شرط ولا وأي
ولا عادة كان ذلك حلالا لا بأس به * ش قضى عبد الله بن عمر رضي الله عنه من أسلفه الدراهم

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطه اياه فان خيار الناس أحسنهم قضاء * وحدثني مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد انه قال استسلف عبد الله بن عمر من رجل دراهم ثم قضاه دراهم خيرا منها فقال الرجل يا أبا عبد الرحمن هذه خير من دراهمي التي أسلفتك فقال عبد الله بن عمر قد علمت ولكن نفسي بذلك طيبة * قال مالك لا بأس بأن يقبض من أسلف شيأ من الذهب أو الورق أو الطعام أو الحيوان ممن أسلفه ذلك أفضل مما أسلفه اذا لم يكن ذلك على شرط منهما أو وأي أو عادة فان كان ذلك على شرط أو وأي أو عادة فذلك مكروه ولا خير فيه * قال وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى جملا رباعيا خيارا مكان بكر استسلفه وان عبد الله بن عمر استسلف دراهم فقضى خيرا منها فان كان ذلك على طيب نفس من المستسلف ولم يكن ذلك على شرط ولا وأي ولا عادة كان ذلك حلالا لا بأس به

خيرا منها الظاهر انها أفضل فى الصفة على وجه المعروف ولقول النبي صلى الله عليه وسلم فان خيركم أحسنكم قضاء وهذا لا خلاف فى جوازه سواء كانت قيمة تلك الفضيلة كثيرة أو قليلة وهذا مالم يكن فى مقابلة تلك الفضيلة نقص من وجه آخر مثل أن يسلفه عشرة دنانير رديئة الذهب فيقضيه ثمانية جيدة الذهب أو يكون عنده عشرة دنانير مسكوكة رديئة الذهب فيقضيه عشرة دنانير من التبر الجيد فهذا لا يجوز لانه من باب المعاوضة فيؤدى الى بيع الذهب بالذهب الى أجل لما كان من جنسين (مسئلة) وان كانت الفضيلة فى القدر فلا يخلو أن يكون اقراضه وزنا أو عددا فان كان اقراضه وزنا فلا اعتبار بالعدد ولا يجوز أن يقضيه أكثر من ذلك الوزن الا أن يكون اليسير (مسئلة) فان أقرضه عددا جاز له أن يقضيه مثل ذلك العدد أفضل وزنا مثل أن يقرضه مائة درهم انصافا فيقضيه مائة وازنة لان الفضيلة حينئذ تكون فى الجنس ولا يجوز أن يزيده فى العدد الا الزيادة اليسيرة على ماتقدم ولو قضاه أقل عددا أو أكثر وزنا أو أكثر عددا أو أقل وزنا لم يجز لما قدمناه

(فصل) وقوله لا بأس أن يقبض من الرجل أفضل مما سلفه اذا لم يكن على شرط ولا عادة يريد أنه انما يجوز أن تكون نفسه طيبة بذلك أن يفعله ابتداء من غير أن يشترط عليه أو يجرى من ذلك على عادة يكون القرض من أجلها ولذلك قال الرجل لعبد الله بن عمر هذه خير من دراهمى انكارا لذلك ولو كان ذلك على سبيل الشرط أو لعادة يرجوها لما أنكر أن يدفع اليه أفضل من دراهمه فأما الشرط فلا خلاف فى منعه وأما العادة فقد منع من ذلك مالك أيضا وأما أبو حنيفة والشافعى فيكرهانه ولا يرانه حراما والدليل على صحة ماذهب اليه مالك ان العادة معنى يتعلق به القصد فوجب أن يمنع زيادته كالشرط ولان المقترض اذا أقرض لهذا الرجاء الذى اعتاده فقد دخل عمله الفساد والتحريم لم يقصد بما أقرضه المعروف الذى هو من مقتضى القرض ولذلك أبدى ابن عمر معنى الجواز فى الزيادة وقال ان نفسى بذلك طيبة وان الزيادة التى زادها لا تعلق لها بشرط ولا عادة وانها مختصة بطيب نفسه ورضاه باسداء المعروف الى من أقرضه والله أعلم

﴿ مالا يجوز من السلف ﴾

﴿ مالا يجوز من السلف ﴾ * حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب قال فى رجل اسلف رجلا طعاما على أن يعطيه اياه فى بلد آخر فكره ذلك عمر بن الخطاب وقال فأين الحمل يعنى حملانه

ص ﴿ مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب قال فى رجل أسلف رجلا طعاما على أن يعطيه اياه فى بلد آخر فكره ذلك عمر بن الخطاب وقال فأين الحمل يعنى حملانه ﴾ ش قوله رضى الله عنه فى الذى أسلف طعاما على أن يعطيه اياه ببلد آخر فأين الحمل تبيين لوجه المنع ومقتضى التحريم لانه اذا شرط عليه زيادة فى قرضه وذلك متفق على فساده لاسيما فى ماله حمل كالطعام وسائر المتاع ولو لم يكن بينهما شرط فلقيه ببلد غير بلد القرض جاز أن يتفقا على القضاء حيث التقيا رواه عبد الحكم عن مالك وذلك أن هذه زيادة المقترض من غير شرط وقد تقدم أن ذلك جائز (مسئلة) وأما البيع فلا بأس أن يشترط عليه قضاء فى غير بلد التبايع لانه لا يمنع من الازدياد فيه فان لقيه بعد الأجل فى غير ذلك البلد واتفقا على القضاء فيه جاز ذلك اذا أخذ مثل الذى لا يجوز ذلك قبل الأجل قاله مالك ووجه ذلك أنه يدخله قبل الأجل حط عنى الضمان وأزيدك أو ضع وتعجل (مسئلة) فان كان القرض فى دراهم مثل الصفائح التى يدفعها رجل لآخر على وجه السلف ليقضيه اياها ببلد آخر فالمشهور من مذهب مالك المنع وروى أبو الفرج الجواز (مسئلة) وأما فى البيع فيجوز أن يشترط عليه القضاء ببلد آخر ولا يخلو أن يضرب لذلك أجلا أو لا يضرب أجلا فان ضرب لذلك أجلا جاز

* وحدثني مالك انه بلغه ان رجلا أتى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن اني أسلفت رجلا سلفا واشترطت عليه أفضل مما أسلفته فقال عبد الله ابن عمر فذلك الربا قال فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن فقال عبد الله السلف على ثلاثة وجوه سلف تسلفه تريد به وجه الله فلك وجه الله وسلف تسلفه تريد به وجه صاحبك فلك وجه صاحبك وسلف تسلفه لتأخذ خبيثا بطيب فذلك الربا قال فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن قال أرى أن تشق الصحيفة فان أعطاك مثل الذي أسلفته قبلته وان أعطاك دون الذي أسلفته فأخذته أجرت وان أعطاك أفضل مما أسلفته طيبة به نفسه فذلك شكر شكره لك ولك أجر ما أنظرته * وحدثني مالك عن نافع انه سمع عبد الله بن عمر يقول من أسلف سلفا فلا يشترط الا قضاءه وحدثني مالك انه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول من أسلف سلفا فلا يشترط أفضل منه وان كانت قبضة من علف فهو ربا

وحيثما لقيه عند انقضاء الأجل كان له أن يأخذه بماله عليه ولم يكن لمن عليه الدين الامتناع من القضاء لما شرط من البلد ووجه ذلك أن الدنانير والدراهم هي مما يقوم بها ولا تقوم بغيرها واذا لم يكن لها قيمة لم تختلف باختلاف البلدان وانما تختلف باختلاف الوزن والجنس وقد لزمه منه ما لا يغير وأما سائر المبيعات فتختلف قيمتها باختلاف البلاد فلم يكن على من عليه الدين منها ما أن يقضي بغير ذلك البلد وقوله فأين الحمل يريد انه قد ازداد عليه بالقرض الحمل اذا شرط ذلك عليه وقد روي عنه انه قال فأين الحمل وروى ابن مزين عن مالك انه قال أراد به الضمان والحمل يريد والله أعلم مؤنة الحمل والضمان في مدته مع ما في ذلك من الغرر ولم يمنع الضمان في مدة الاقتراض من صحة القرض لان ذلك مقتضى الانتفاع بما اقترضه المقترض وأما ضمانه في مدة الحمل من بلد الى بلد فأمر ثابت بالشرط وزيادة لها قدر والله أعلم ص ﴿ مالك أنه بلغه أن رجلا أتى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن اني أسلفت رجلا سلفا واشترطت عليه فضل مما أسلفته فقال عبد الله بن عمر فذلك الربا قال فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن فقال عبد الله بن عمر السلف على ثلاثة أوجه سلف تسلفه تريد به وجه الله فلك وجه الله وسلف تسلفه تريد به وجه صاحبك فلك وجه صاحبك وسلف تسلفه لتأخذ خبيثا بطيب فذلك الربا قال فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن قال أرى أن تشق الصحيفة فان أعطاك مثل الذي أسلفته قبلته وان أعطاك دون الذي أسلفته فأخذته أجرت وان أعطاك أفضل مما أسلفته طيبة به نفسه فذلك شكر شكره لك ولك أجر ما أنظرته * مالك عن نافع أنه سمع عبد الله بن عمر يقول من أسلف سلفا فلا يشترط الا قضاءه * مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول من أسلف سلفا فلا يشترط أفضل منه وان كانت قبضة من علف فهو ربا ﴾ ش قول الرجل اني أسلفت سلفا واشترطت عليه أفضل مما أسلفته ومجاوبة ابن عمر له على هذا قبل أن يستفسر وجه الفضيلة بانه ربا دليل على ان سائر أنواع الفضيلة من الزيادة في الوزن أو الجودة أو على أي وجه كانت الفضيلة تمنع صحة القرض

(فصل) وقوله فما تأمرني يا أبا عبد الرحمن طلبا للخروج مما وقع فيه واسترشادا لما يتخلص به من الربا الذي تورط فيه بغير علم فقال له ابن عمر السلف على ثلاثة أوجه سلف تريد به وجه الله فلك وجه الله يريد لك ما لمن أراد وجه الله من الثواب وسلف تريد به وجه صاحبك يريد انك تقصد به استرضاءه وتطييب نفسه فلك وجه صاحبك يريد والله أعلم أن لك رضاءه وطيب نفسه وهذان الوجهان ليس فيهما ازدياد والثالث أن تسلف أخاك لتأخذ خبيثا بطيب يريد ما سأله عنه هذا السائل من شرط الزيادة فيأخذ ما يحرم عليه وهذا الخبيث عوضا عن الطيب وهو الحلال الذي أعطاه لأنه كان طيبا قبل أن يقرضه على وجه الربا فجاوبه ابن عمر بتبيين وجه تحريم ما أخبره عن تحريمه وفصل له وجوه السلف ليكشف له عن معانيها ويبين له طيبها من خبيثها

(فصل) ثم قال له أرى أن تشق الصحيفة يريد أن يبطل الشرط الذي ثبت في الصحيفة ولا يعتقد الطالب له بل يعتقد اسقاط الشرط جملة وهكذا من أسلف رجلا وشرط عليه زيادة وكان قرضه مؤجلا كان له أن يبطل القرض جملة لتعذر استيفائه للشرط الذي شرطه ويعجل قبض ماله والافضل له أن يسقط الشرط ويبقيه على أجله دون شرط وان كان غير مؤجل كان له أن يأخذ ماله ويبطل شرطه

(فصل) وقوله فان أعطاك مثل الذي أسلفته قبلته وهو الذي يلزمه وليس لك غيره وان أعطاك دون الذي أعطيته فأخذته أجرت ندب الى الخير والتناهي في الرجوع عن الشرط وذلك ان شاء

أن لا يأخذ أدون من الذى أعطى كان له ذلك لكنه ان سامح وتجاوز وأخذ أدون مما أعطى فذلك أعظم لأجره لأنه يضيف الى أجل القرض أجل التجاوز

(فصل) فان أعطاك أفضل مما أعطيته طيبة به نفسه يريد أن لا يعطيك من أجل شرطك وذلك يقتضى انه يلزمه أن لا يطلبه بذلك الشرط وانه قد أبطله وتركه وان زاده بعد ذلك فانه يزيده شكرا له ولا يبطل بذلك أجر ما أنظره

(فصل) وقول ابن عمر فلا تشترط الاقضاء يريد أن لا يشترط زيادة ولا منفعة ولا شيأ الا القضاء مثل ما أعطى قال ابن مسعود لا يشترط أفضل منه يريد زيادة عليه ولو كان قبضة من علف يريد قليل ذلك وكثيره ثم اعلم ان شرط زيادة وان كانت يسيرة فانها ربا ولا خلاف ان الزيادة ربا ولكن انما أراد به انها من جملة الربا المنهى عنه لأن هذا اللفظ اذا أطلق فى الشرع فظاهره الزيادة الممنوعة ولذلك قال الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والبيع لا يخلو من الزيادة فى الاغلب ولكن لفظ الربا يختص بالممنوع ص ❊ قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا أن من استسلف شيأ من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فانه لا بأس بذلك وعليه أن يرد مثله الا ما كان من الولائد فانه يخاف فى ذلك الذريعة الى احلال ما لا يحل فلا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يستسلف الرجل الجارية فيصيبها ما بداله ثم يردها الى صاحبها بعينها فذلك لا يصلح ولا يحل ولم يزل أهل العلم ينهون عنه ولا يرخصون فيه لأحد ❊ ش وقوله من استسلف شيأ من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فلا بأس به يريد ان يكون ما استسلفه معلوم الصفة والحلية ليتمكن من رد مثله ولو كان مجهول الصفة لتعذر عليه أن يرد مثله وهو قول مالك والشافعى وجمهور الفقهاء الامار وى وقد تقدم ذكره وقوله الا ما كان من الولائد فانه يخاف من ذلك الذريعة الى احلال ما لا يحل يريد انه لا يحل قرض الجوارى وبه قال أبو حنيفة والشافعى وجمهور الفقهاء وروى عن المازنى اباحة ذلك ووجه ذلك ما احتج به من حظر الفروج ومعلوم ان من استقرض شيأ كان له أن يرده متى شاء بعد أخذه بساعة أو أكثر من ذلك وان كان قد انتفع به ما كان على صفته فمن أراد الاستمتاع بجارية غيره اقترضها منه فوطئها ثم ردها اليه من ساعته وهذه اباحة للفروج المحظورة (مسئلة) وقال محمد بن عبد الحكم يجوز ذلك اذا كانت ذات محرم للمستقرض مثل ان تكون أمه أو أخته من الرضاعة أو عمته أو خالته من النسب لأنه يسلم مما قاله وعلى هذا الذى قاله يجوز للنساء استقراض الجوارى وانما يحرم ذلك على الرجال خاصة والله أعلم (فرع) فان اقترض رجل ممن ذكرنا منعه منها فلا خلاف عن مالك ومن قال بقوله فى المنع من ذلك ان الجارية ترد بعينها ما لم يطأها ويفسخ القرض واختلفوا اذا وطئها فقال مالك تفوت بالوطء وتكون الجارية للمستقرض وتلزمه قيمتها وقال الشافعى يردها ويرد معها عقدها وان حملت ردها بعد الولادة وقيمة ولدها حيا يوم الولادة ويرد معها ما نقصتها الولادة وان ماتت لزمه مثلها فان عدم مثلها فعليه قيمتها والدليل على صحة ما نقوله أن عقود التمليك تفوت عندنا مع بقاء الاعيان ولما دفع صاحب الجارية الجارية على وجه التمليك فاتت بالوطء الذى منع القرض من أجله فلو أجزنا له ردها لكنا قد أتممنا القرض الفاسد والمقصود الممنوع منه فلما وجد معنى المنع وفات ردها بذلك أوجبنا له قيمتها واذا وجبت قيمتها بطل جميع ما أوجبه بعد الوطء من قيمة الولد وغير ذلك لان القيمة انما تلزمه يوم قبضها

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من استسلف شيأ من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فانه لا بأس بذلك وعليه ان يرد مثله الا ما كان من الولائد فانه يخاف فى ذلك الذريعة الى احلال ما لا يحل فلا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يستسلف الرجل الجارية فيصيبها ما بداله ثم يردها الى صاحبها بعينها فذلك لا يصلح ولا يحل ولم يزل أهل العلم ينهون عنه ولا يرخصون فيه لأحد

﴿ ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة ﴾ حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يبع بعضكم على بيع بعض * وحدثني مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر * قال مالك وتفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم لا يبع بعضكم على بيع بعض انه انما نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه اذا ركن البائع الى السائم وجعل يشترط وزن الذهب ويتبرأ من العيوب وما أشبه ذلك مما يعرف به ان البائع قد أراد مبايعة السائم فهذا الذي نهى عنه والله أعلم * قال مالك ولا بأس بالسوم بالسلعة توقف للبيع فيسوم بها غير واحد قال ولو ترك الناس السوم عند أول من يسوم بها أخذت بشبه الباطل من الثمن ودخل على الباعة في سلعهم المكروه ولم يزل الأمر عندنا على هذا

﴿ ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة ﴾

ص ﴿ قال مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يبع بعضكم على بيع بعض وقال مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر * قال مالك وتفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم لا يبع بعضكم على بيع بعض أنه انما نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه اذا ركن البائع الى السائم وجعل يشترط وزن الذهب ويتبرأ من العيوب وما أشبه ذلك مما يعرف به أن البائع قد أراد مبايعة السائم فهذا الذي نهى عنه والله أعلم * قال مالك ولا بأس بالسوم بالسلعة توقف للبيع فيسوم بها غير واحد قال مالك ولو ترك الناس السوم عند أول من يسوم بها أخذت بشبه الباطل من الثمن ودخل على الباعة في سلعهم المكروه ولم يزل الأمر عندنا على هذا ﴾ ش قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يبع بعضكم على بيع بعض يريد والله أعلم لا يشتر والعرب تقول اشتريت وشريت بمعنى بعت قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين وقال ولبئسما شروا به أنفسهم لو كانوا يعلمون قاله ابن حبيب وقال انما النهي للمشتري دون البائع ونحو هذا روى أبو عبيد عن أبي عبيدة وأبي زيد قال أبو عبيدة ليس للحديث وجه غير هذا عندي لان البائع لا يكاد يدخل على البائع وانما المعروف أن يزيد المشتري على المشتري وأنشد بعضهم للحطيئة * وبعت لذبيان العلاء بمالكا * يريد اشتريت * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه يحتمل أن يحمل اللفظ على ظاهره فيمنع البائع أيضا من أن يبيع على بيع أخيه اذا كان قد ركن المشتري اليه ووافقه في ثمن سلعته ولم يبق الا تمام العقد فيأتي من يصرفه عن ذلك بان يعرض عليه غيره على غير وجه الارخاص عليه وانما حمل ابن حبيب على ما قاله لان الارخاص مستحب مشروع فاذا أتى من يبيع بأرخص من بيع الاول فلا منع في ذلك عنده والله أعلم وقد منع من تلقي السلع وذلك ارخاص على متلقيها غير ان فيها اغلاء على أهل الأسواق التي هي أعم نفعا للمسلمين والضعيف الذي لا يقدر على التلقي

(فصل) وقوله على بيع أخيه يريد المسلم ولم يجعل ذلك شرطا فيما يمنع من البيع على بيعه وانما ذلك لاظهار قبح فعله ولذلك ذكره بالاخوة التي تمنع المقابحة ولو كان الذي ركن الى بيعه يهوديا أو نصرانيا فانه لا يزاد عليه قاله مالك في كتاب ابن المواز وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجوز ذلك الأوزاعي والدليل على ما نقوله ان هذا له عهد وذمة كالمسلم أيضا فان كل حكم بين مسلم وذمي فانه يكون على حكم الاسلام (مسئلة) فان وقع وسام رجل على سوم أخيه روى ابن حبيب عن مالك يستغفر الله ويعرضها على الاول بالثمن زادت أو نقصت فان شاء أخذ وان شاء ترك وروى سحنون عن ابن القاسم في العتبية لا يفسخ وأرى أن يؤدب وقال غيره بل يفسخ ذلك وجه قول مالك يؤدب يريد لمن عصى بهذا الفعل الى الاستغفار منه وندبه لمن منعه منه وظلمه فيه وزاد ابن القاسم انه يعاقب بالأدب ولعله يريد من تكرر ذلك منه بعد الزجر ووجه قول الغير يفسخ أن قول النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه (فرع) فاذا قلنا بقول مالك يعرضها على الاول فان كان

الثاني أنفق عليها نفقة زادت له أعطاه النفقة مع الثمن فان نقصت فان شاء أخذ المبيع ولا شئ له وان شاء ترك رواه ابن حبيب عن مالك ومن بقي من أصحابه ووجه ذلك ان هذه النفقة ان كانت باقية كان للاول العوض منها وان كانت قد تلفت ولم تؤثر زيادة فلا شئ له منها وهذا وجه يتلخص مما دخل فيه والله أعلم

(فصل) وقول مالك ان معنى ذلك أن لا يسوم الرجل على سوم أخيه اذا كان قد ذكر البائع الى السائم مما يعرف به انه قد أراد مبايعته ظاهره يقتضي ان البيع في الحديث بمعنى الشراء ويبين ان المنع انما يتعلق بحالة الاتفاق دون أشد المساومة ووقت الاختلاف وهو على ما قال ولا خلاف فيه ولو منع من السوم على سوم متاع مع تباين ما بينهما وتباعدهما لفسدت بذلك حال كل بائع فما كان أحد شاء أن يمنعه من بيع السلعة الا ساومه بها وأعطاه عشر ثمنها فاذا خرج على غير المساومة بها بما تقدم منه كان في ذلك ضرر بين البائع ومنع من بيع سلعته الا باليسير من ثمنها ممن يمنع من بيعها من غيره من أجل مساومته وهذا الاخلاف في منعه (مسئلة) وهذا في بيع المساومة وأما في بيع المزايدة ففي الواضحة انه خارج عما نهي عنه من السوم على سوم أخيه وقد استحب مالك للسلطان فيما يبيع على مفلس أو ميت أن يتأنى ثلاثا عسى بزائد أن يزيد وفي بيع العقار ينادي عليه الشهرين والثلاثة بصفته ونعته وتسمية ما فيه فاذا بلغ منتهاه على أحد استأناه ثلاثا قبل الايجاب يكون فيه الخيار للسلطان لا للمبتاع فان زيد عليه قبله والا ألزمه فاذا أوجبه ثم جاء من يزيد لم تقبل زيادته وهذا معنى صحيح وبيع المساومة أن يقف الرجل بسلعته يسوم بها من يريد شراءها أو يجلس بها في حانوت أو مكان فمن مر به ساومه عليها فهذا اذا ركن الى المبتاع فهو الذي نهي أن يدخل على بيعه أحد لانه انما نهي أن يبيع سلعته على المساومة ومن فارقه ولم يوجبه أو رد ما أعطاه من السوم ثم أراد أن يلزمه البيع لم يكن له ذلك وبيع المزايدة هو الرجل يعرض سلعته في السوق يمشي بها على من يشتري تلك السلعة ويطلب زيادة من يزيد فيها فهذا لا يمنع أحد من الزيادة فيها قبل الايجاب ويلزم من زاد فيها شراؤها بما زاد وان فارقه بغير الايجاب لانه انما أراد على انه ان زاد غيره عليه والا فهي له بما زاد فيها فاذا أوقع الايجاب له لم تقبل عليه زيادة

(فصل) وقوله ولا تلقوا الركبان يحتمل أن يريد صلى الله عليه وسلم تلقي من يجلب السلع فيبتاع منهم قبل ورود أسواقها ومواضع بيعها وسواء كان التلقي فيما بعد عن موضع البيع أو قرب قال ابن حبيب عن مالك وأصحابه وان كان على مسيرة يوم أو يومين من الحاضرة ووجه ذلك ان هذا فيه مضرة عامة على الناس لان من تلقاها أو اشتراها غلاها على الناس وانفرد ببيعها فمنع من ذلك ليصل بائعوها بها الى البلد فيبيعونها في أسواقها فيصل كل أحد الى شرائها والنيل من رخصها (مسئلة) وكذلك فيما قرب وقد سئل مالك عن خروج أهل مصر الى الاصطبل مسيرة ميل ونحوه أيام الأضحى يتلقون الغنم يشترونها قال هذا من التلقي وكذلك غير الضحايا متى ترد سوقها رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك أن هذا تلف يمنع من وصول ما جلب الى سوق بيعه فكان ممنوعا منه كالبعيد (مسئلة) وهذا فيما جرت العادة بتبليغه الأسواق ولا مضرة في ذلك فأما ما كان يضر بالناس تبليغه الأسواق كالفواكه والثمار التي يلحق أهل الأصول ضرر بتفريق بيعها ومحتاجون الى بيعها جملة ممن يجنبها أو يبقيها في أصلها ويدخلها الى الأمصار والقرى بقدر ما يتأتى له من بيعها فقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية في الأجنة التي تكون حول الفسطاط من نخيل وأعناب يخرج اليها التجار فيشترونها

ويحملونها فى السفن الى الفسطاط للبيع لابأس بذلك وقال فى سماع أشهب هو من التلقى وقال أشهب لابأس به وليس من التلقى وفى كتاب ابن المواز عن مالك فى التجار يشترون الغنم من الريف فيسيرون على مثل ميل من الفسطاط فى مراعيها ويشتد عليهم ادخالها كلها أو يكون ذلك أرفق بهم فيبيعونها فيدخلها المشترى قليلا قليلا أخاف أن يكون من التلقى وقال فى العتبية أراه من التلقى وجه القول الأول ماقدمناه من ان هذا وجه بيع الجلاب لها وتلحقه المضرة فى أخذه بادخالها ويؤدى ذلك الى افسادها وتغيرها وطول مقامه عليها (مسئلة) وماأرسى بالساحل من السفن بالتجار فلابأس أن يشترى منهم الرجل الطعام وغيره فيبيعه بها الا أن يقصد الضرر والفساد فلا يصلح لانه من باب الحكرة ووجه ذلك ان هذا منتهى سفر الوارد فلا يكلف سفرا آخر لان ذلك مضر به كما لو كان السفران فى البر وهذا على ثلاثة أضرب أحدها ماقدمناه وهو أن يخرج الى السلع فيتلقاها ويشتريها قبل أن تبلغ أسواقها والثانى أن يرد خبرها قبل أن ترد فيشتريها من بلغه ذلك قبل وصولها والثالث أن تمر بمنزله قبل أن تصل الى أسواقها وقد تقدم الكلام فى الضرب الاول وأما الضرب الثانى فقد روى ابن المواز عن مالك فيمن جاءه طعام أو بز أو غيره فوصل اليه خبره وصفته على مسيرة يوم أو يومين فيخبر بذلك فيشتريه منه رجل فلا خير فيه وهذا من التلقى ووجه ذلك ماقدمناه من انه شراء السلع قبل وصولها الاسواق وانما الاعتبار على هذا بوصول السلع ووصول بائعها ولو وصلت السلع السوق ولم يصل بائعها لخرج اليه من يتلقاه ويشتريها منه قبل أن يهبط الى الاسواق ويعرف الاسعار فلم أر فيه نصا وعندى انه من التلقى الممنوع والله أعلم (مسئلة) وأما اذا مرت بمنزله قبل أن تصل أسواقها فلا يخلو أن يكون منزله خارج المصر أو بطرف المصر مابينه وبين السوق فان كان خارج المصر مثل أن يكون بقربه ففى الموازية عن مالك فيمن مرت به السلع ومنزله بقرب المصر الذى هبط اليه بتلك السلع ومن على ستة أميال من المدينة ومثل العقيق من المدينة فله أن يشترى منها للأكل وللقنية أو ليلبس أو ليضحى أو يهدى ونحوه فأما للتجارة فلا ولا يبتاعها من مرت بباب داره فى البلد وان لم يرد التجارة (فرع) وهذا فيما كان له سوق قائم من السلع ومالم يكن له سوق فاذا دخلت بيوت الحاضرة والأزقة جاز شراؤها وان لم تبلغ السوق رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه (مسئلة) واذا بلغت السلعة موقفها ثم انقلب بها بائعها ولم تبع أو باع بعضها فلابأس أن يشتريها من مرت به أو من دار بائعها من الواضحة ووجه ذلك انه قد خرج عن حد الجالب ببلوغه السوق وعرضها فيها للسلع وانتقل الى حكم المحتكر وذلك مباح يشترى منه حيث شاء

(فصل) اذا ثبت ذلك فان وقع التلقى من انسان فلمالك فى ذلك قولان فى الموازية روى عنه ابن القاسم أنه ينهى فان عاد أدب ولا ينزع منه شئ وهو اختيار أشهب وروى عنه ابن وهب ينزع منه ماابتاع فتباع لأهل السوق واختار ابن المواز أن يرد شراؤه وترد على بائعها وبه قال ابن حبيب وجه رواية ابن القاسم أن البيع عقد لازم ولم يتعلق به وجه فساد يمنع صحته فانما يتعلق بالتلقى الحرج لمن فعله وذلك لا يوجب أخذ مااشتراه وانتزاعه منه ووجه رواية ابن وهب ان لأهل الأسواق حظا فيما اشتروه كما لو حضروا مساومته ووجه قول ابن المواز مااحتج به من أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنه ومانهى عنه فهو مردود وهذا قد قال به قوم من أصحابنا ان النهى يقتضى فساد المنهى عنه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن وهب فقد روى عنه ان السلعة تعرض لأهل السوق فان ربح فهو بينهم وما كان

من وضيعة فعليه وان قلنا برواية الفسخ فقد قال ابن المواز ترد على بائعها فان فات أمر من يقوم ببيعها لصاحبها وقال ابن حبيب ان فات بائعها فان كان المتلقى لم يتعد ذلك تركت له وزجر وان كان اعتاد ذلك وتكرر فان كان لها سوق وقوم راتبون لبيعها فلهم أخذها بالثمن أو تركها له وان لم يكن لها أهل راتبون عرضت فى السوق بثمنها العامة الناس فان لم يوجد من يأخذها بذلك تركت له وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم أرى أن يشترك فيها التجار وغيرهم ممن يطلب ذلك ويكون كاحدهم وقاله عبد الله بن عبد الحكم وزاد بالحصص بالثمن الأول وجه قول محمد ان فسخ العقد يقتضى أن يرجع الى ملك البائع فان كان حاضرا أخذها وان كان غائبا قدم له من يبيع عنه ويحتمل أن يريد ان كانت زيادة فله وان نقصانا فعليه لانه قد فعل المحظور فى بيعه قبل أن يبلغ السوق وقد روى فى العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فمن قدم بقمح من الاسكندرية فقال حين خرج ان وجدت بيعا فى الطريق والا بلغت الفسطاط قال لا يبيع فى الطريق ويبيع بالفسطاط الا أن ينوى قرية بها سوق فلا بأس ببيعه فيها فثبت ان البائع ممنوع من البيع قبل بلوغ الأسواق ومواضع البيوع ووجه قول ابن حبيب ان البيع لا يفسخ لفساده وانما يفسخ لتعلق حق الغير به فان كان صاحبه حاضرا فسخ لامكان ذلك فيه وان فات فسخه بفوات بائعه عرض على من له فيه حق فان لم يرده ترك له (فرع) قال ابن حبيب ويعاقب من تكرر منه تلقى السلع بما يراه الامام من سجن أو ضرب أو اخراج من السوق قال ابن المواز لا يطيب للمتلقى ربح ما تلقى فلا أحب أن يشترى من لحم ما تلقى وروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية انه قيل له أيتصدق بالربح فقال ليس بحرام ولو فعل ذلك احتياطا لم أر به بأسا

(فصل) وقوله ولا تناجشوا سيأتى ذكره بعد هذا وقوله ولا يبيع حاضر لباد فيه ثلاثة أبواب * الأول منها فى تعيين البادى الذى يمنع من البيع له * والثانى فى التصريف الذى يمنع له * والباب الثالث فى حكم البيع له اذا وقع

(الباب الأول فى تعيين البادى الذى يمنع من البيع له)

أما البادى الذى منع من البيع له فان أهل البوادى ضربان ضرب أهل عمود وضرب أهل منازل واستيطان فأما أهل العمود فلا خلاف فى انهم مرادون بالحديث قال ابن المواز عن مالك فى النهى عن بيع الحاضر للبادى هم الاعراب أهل العمود لا يباع لهم ولا يشترى عليهم والأصل فى ذلك الحديث فى النهى عن ذلك ومن جهة المعنى انهم لا يعرفون الاسعار فيوشك اذا تناولوا البيع لأنفسهم استرخص منهم ما يبيعون لان ما يبيعونه أكثره لا رأس مال لهم فيه لانهم لم يشتروه وانما صار اليهم بالاستغلال فكان الرفق بمن يشتريه أولى مع ان أهل الحواضر هم أكثر الاسلام وهى مواضع الأئمة فيلزم الاحتياط لها والرفق بمن يسكنها (مسئلة) وأما أهل القرى فقد قال ابن المواز عن مالك انه لم يرد بالنهى عن ذلك أهل القرى الذين يعرفون الأثمان والأسواق ولا بأس به وأرجو أن يكون خفيفا وروى هذه المسئلة العتبى عن مالك ولكنه قال فأما أهل المدائن يبيع بعضهم لبعض فأرجو أن يكون خفيفا وروى ابن المواز عن مالك وأما أهل القرى الذين يشبهون أهل البادية فلا يباع لهم ولا يشترى عليهم قال وان كانوا أيام الربيع فى القرى ومن بعد ذلك فى الصحراء على الميلين من القرية وهم عالمون بالسعر فلا يباع لهم وينقسم الأمر على ذلك ثلاثة أقسام البدوى لا يباع له عرف السعر أو لم يعرفه والقروى وان كان يعرف الأسعار فلا بأس أن يباع له وان كان لا يعرفها لم يبع له (فرع) وما قدر القرية التى تبيح البيع له روى فى العتبية أصبغ عن ابن القاسم لا نهى

عن البيع لمن كان من أهل ميد أي وما أشبهها لان هذه مدائن وكور ووجه ذلك ما قدمناه من ان هذه كور وحواضر لأهلها من الحرمة مثل ما لغيرهم مع معرفتهم بالأسعار والأسواق وليس في المنع من البيع لهم الا الاضرار بهم دون منفعة تجتلب بذلك (مسئلة) وقد روى ابن المواز عن مالك لا يبيع مدنى لمصرى ولا مصرى لمدنى وفي العتبية فأما أهل المدائن يبيع بعضهم لبعض فأرجو أن يكون خفيفا فوجه القول الأول ان اغترابهم وبعد أوطانهم يقتضى جهلهم بالأسعار فمنع من يعرفها من البيع لهم ليرخص بذلك ما جلبوه ووجه القول الثاني ان حرمتهم متساوية وبأيسر مقام في البلد يعرفون الأسعار ولا يصح أن يخفى ذلك عليهم فلا فائدة لكتمانهم ذلك

(الباب الثاني في التصرف الذي يمنع له)

أما ما يمنع منه من التصرف له فقد روى ابن المواز عن مالك في البدوى لا يبيع له الحضرى ولا يشترى عليه وهذا متفق عليه في البيع وكذلك في أهل القرى الذين يشبهون البادية وقال مالك في العتبية اذا قدم البدوى فأكره أن يخبره الحضرى بالسعر وذكر ابن حبيب انه لا يبعث البدوى الى الحضرى بمتاع يبيعه له (مسئلة) وأما الشراء للبدوى ففي الموازية والعتبية عن مالك لا بأس بذلك بخلاف البيع وقال ابن حبيب لا يبيع له ولا يشترى وجه القول الأول ان هذا الاسترخاص مشروع مستحب ولذلك نهى أن يبيع الحاضر للبادى طلبا لرخص ما يبيع ولذلك يجب أن يباح له أن يشترى له ويسترخص له ما يشتريه ووجه ثان وهو ان أكثر ما يبيعه البدوى ما يدخر اليه بالغلة فليس عليه في رخصه كبير مضرة وما يشتريه حكمه فيه حكم الحضرى فلذلك خالف بيعه شراؤه ووجه القول الثاني انها معاوضة تخصه فلم يتناولها الحضرى للبدوى كالبيع

(الباب الثالث في حكم البيع له اذا وقع)

قد قال ابن القاسم يفسخ البيع حضر البدوى أو بعث سلعته الى الحاضرة ورواه ابن حبيب عن مالك قال ابن حبيب قال وكذلك الشراء وقاله أصبغ في بيع المصرى للمدنى وبيع المدنى للمصرى ولم ير ابن عبد الحكم فسخه اذا باع حاضر لباد ورواه سحنون عن ابن القاسم في العتبية وجه القول الاول نهى النبي صلى الله عليه وسلم والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ووجه القول الثاني ان العقد سالم من الفساد وانما نهى عنه لمعنى الاسترخاص ولذلك لا يعود بالفسخ لان البدوى قد علم بالبيع الاول ثمن سلعته فلا يرخص بفسخه (مسئلة) ومن تكرر منه هذا قال ابن القاسم في العتبية يؤدب وروى زونان عن ابن وهب يزجر ولا يؤدب وان كان عالما بمكروهه وجه القول الاول ان هذه مضرة عامة وقد تكرر منه مخالفة الامام فيها فكان حكمه الأدب ووجه قول ابن وهب ان الزجر في ذلك كاف لانه نوع من التسعير والله أعلم

(فصل) وقوله ولا تصروا الابل والغنم التصرية حبس اللبن في الضرع مأخوذ من حبس الماء يقال صريته وصريته والمصراة هي المحفلة لان اللبن حفل في ضرعها والحافل العظيمة الضرع

(فصل) فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها يريد ان التصرية تدليس ونقص اللبن عما كان عليه حين البيع نقص فللبائع اذا اطلع على ذلك الامساك أو الرد كسائر العيوب وبهذا قال الشافعي والليث وأبو يوسف وقال أبو حنيفة ومحمد التصرية ليست بتدليس ونقص اللبن ليس بعيب وليس للمبتاع الرد والدليل على ما نقوله الحديث وهو يستدل به من وجهين أحدهما انه قال فمن ابتاعها بعد ذلك يريد بعد التصرية فهو بخير النظرين

فالظاهر أنه جعل له الرد بالتصرية وليس ههنا وجه يرد به الا بالعيب لان العقد وقع لازما ووجه آخر وهو انه صلى الله عليه وسلم جعل المبتاع بخير النظرين بعد أن يتبين أمرها بالحلب ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وهذا نص في موضع الخلاف ومن جهة المعنى ان معنى التدليس ستر العيب وهذا موجود في التصرية لان البائع ستر ما في شاته أو ناقته من قلة اللبن عما ابتاع عليه المبتاع وذلك أن المبتاع اعتقد أن ذلك عادة فيها وعلى ذلك اشتراها فاذا تبين له نقصها عن ذلك كان له الرد على البائع كما لو جعد البائع شعر جاريته فاشتراها المبتاع على ذلك ثم تبين له انه غير ذلك كان له الرد

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها قال محمد له الرد بعد أن يحلب مرتين فان حلب ثلاثا لزمته وقال ابن القاسم لما سئل أيردها بعد الثلاثة اذا رأى من ذلك ما يعلم انه قد اختبرها قبل ذلك فاحلب بعد ذلك منع الرد * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأظهر عندي انه يكون الخيار بعد الثلاثة وقد روى ابن سيرين عن أبي هريرة في هذا الحديث فهو بالخيار بعد أن يحلبها ثلاثا ورواه ابن وهب من حديث أبي صالح عن أبي هريرة ومن جهة المعنى ان الحلبة الثانية لا يعلم بها حالها لجواز أن يكون نقص اللبن لاختلاف المرعى ولان التحفيل يقلل لبنها في الحلبة الثانية فانما يعلم حقيقة أمرها بالثالثة فيجب أن يكون له الخيار بعدها لانه بها يتبين أمرها (مسئلة) وان اشترى غنما غير مصراة لحلبها فلم يرض حلابها فان كان البائع لم يعلم حلابها ففي المدونة لابن القاسم ليس له ردها ومعنى ذلك انه قد استوى علمها في قدر المبيع جزافا كالبائع لصبرة الطعام فان علم البائع قدر ما تحلب فلم يخبر بذلك المبتاع فان كان في ابان لبنها فقد قال ابن القاسم له الرد بمنزلة من باع صبرة جزافا قد علم كيلها فلم يخبر بذلك المبتاع وان لم يكن البيع في ابان لبنها لم يكن للمبتاع ردها وان كان البائع قد عرف قدر لبنها وان كانت شاة لبن وقال أشهب للمبتاع ردها حلبت أو لم تحلب اذا كانت شاة لبن قال محمد وأرى أن ينظر في ثمنها فان كانت في كثرته بحيث يعلم انها لم تبع لشحمها ولحمها ولا لنتاج مثلها اذ ذلك اللبن وانما بيعه للبنها فله الرد اذا كتمه البائع قدر اللبن وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن البائع لم يقصد بابتياعه اللبن واذا كانت في ابان لبنها فالظاهر انه اشتراها للبنها فروعي ذلك فيها (مسئلة) وان كانت ابلا أو بقرا فقد قال ابن القاسم في المدونة ان كانت البقر يطلب منها اللبن مثل ما يطلب من الغنم فهي بمنزلتها (مسئلة) ومن اشترى شاة على أنها تحلب قسطا فقد قال ابن القاسم البيع جائز وتجرب الشاة فان كانت تحلب ما شرطه له والا ردها واحتج بحديث المصراة في أنها بالتصرية ترد فبأن ترد في هذا أولى ومعنى ذلك ان التصرية انما تقوم مقام الشرط فاذا ثبت بها الرد فبأن ترد بالشرط وهو أبين أولى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وان شاء ردها وصاعا من تمر معناه والله أعلم ان اختار امساكها بعد أن ثبتت له التصرية أمسكها ولا شيء له وان شاء أن يردها ردها ورد معها صاعا من تمر قال ابن القاسم قلت لمالك أتأخذ بحديث المصراة قال نعم وانما أتبع ما سمعت أو لاحد في هذا الحديث وقد روى أن مالكا قال لما سئل عن ذلك فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم قال ابن المواز ولم يأخذ به أشهب وقال جاء ما يضعفه ان الغلة بالضمان وسألت عنه مالكا فكأنه ضعفه وقال أشهب وهو لو ردها بعيب وقد أكل لبنها فلا شيء عليه فوجه رد الصاع ان اللبن الذي في الضرع حال التحفيل مبيع مع الشاة واذا تلف عند المبتاع أو تغير بالحلب كان عليه أن يرد عوضا منه

كالثمرة فى رؤس النخل والصوف على الغنم وأما ما حدث بعد ذلك فلا يرده المبتاع ولا يرد عوضا عنه وانما الصاع عوض عن لبن التصرية خاصة ووجه قول أشهب ما احتج به من أن لبن حلب بعد الشراء فلم يرده المبتاع للرد بالعيب كاللبن الحادث بعد ذلك وأما قوله ان الحديث قد ضعفه ما جاء من أن الغلة بالضمان فيحتاج الى تأمل لان حديث المصراة حديث صحيح لا خلاف بين أهل الحديث فى صحته ولا يجرى مجراه ما روى أن الغلة بالضمان ولو صح حديث الغلة بالضمان لما كان فيه حجة لان حديث الغلة عام وحديث المصراة خاص فيقضى به على حديث الغلة مع أن الغلة انما هى ما حدث عند المبتاع دون ما اشتراه مع المبيع (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم عن مالك فانه يرد معه صاعا لان النبى صلى الله عليه وسلم حكم به لرفع التخاصم فى ذلك لكثرة تردده وادعاء البائع من اللبن أكثر مما يظهره اليه المبتاع مع أنه لا يميز أحد اللبنين من الآخر لانه يحدث بعد الشراء الى وقت الحلب فى الأغلب ما لا يتميز من لبن التصرية فحكم فى عوض ذلك النبى صلى الله عليه وسلم بما يرفع الخصام ويحسم الدعاوى وهو صاع لانه أمر مقدر وهذا كما حكم النبى صلى الله عليه وسلم فى الجنين بغرة لما كان لا يتميز غالبا ذكره من أنثاه سواء كان الجنين ذكرا أو أنثى ولو كان حيا لكان فى الانثى نصف دية الآخر وقضى فى جنين الأمة بعشرة قيمة أمه ولو ولدت الجنينين لتفاوتت قيمتهما (فرع) وسواء كان المبيع شاة أو بقرة أو ناقة فان ابن القاسم قال لا يرد الا صاعا والأصل فى ذلك الحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر ولم يفرق بين الغنم والابل ونبه بذلك على البقر لان الغنم أطيب لبنا والابل أكثر لبنا والبقر أكثر لبنا من الغنم وأطيب لبنا من الابل (فرع) فاذا كانت الابل والغنم عددا * قال الامام القاضى أبو الوليد رضى الله عنه فقد وجدت لبعض شيوخنا الاندلسيين يرد لجميعها صاعا واحدا ولعله تعلق بظاهر الحديث لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فله أن يردها وصاعا من تمر ولو قال قائل انه يرد مع كل واحدة صاعا لرأيت له وجها (فرع) ومماذا يكون الصاع قال ابن القاسم عن مالك من غالب قوت البلد وبه قال أبو على عن أبى هريرة من أصحاب الشافعى وقال زياد بن عبد الرحمن عن مالك وجدته فى كتابى من اشترى شاة أو ناقة مصراة فله اذا احلبها أن يردها ومكيلة ما حلب من اللبن تمرا أو قيمته وقال أكثر أصحاب الشافعى لا يكون الا من التمر وقد تعلق أصحابنا فى ذلك بما روى ابن سيرين عن أبى هريرة فى هذا الحديث وصاعا من طعام ووجه ذلك على الرواية المشهورة فى صاع التمر انه خص التمر بالذكر لانه كان أغلب قوت ذلك البلد فيجب أن يكون بغيره من البلاد غالب قوتهم كزكاة الفطر (فرع) فان أراد أحدهما أن يكون اللبن بدل الصاع لم يلزم الآخر فان اتفقا على ذلك فقد قال ابن القاسم فى المدونة لا يجوز ذلك واحتج بأنى أخاف أن يكون من بيع الطعام قبل استيفائه لان النبى صلى الله عليه وسلم فرض عليه صاعا من تمر فصار ثمنا قد وجب للبائع فلا يفسخه فى اللبن قبل القبض ووجه آخر وهو أن الذى يجب رده ما كان موجودا من اللبن حين البيع وذلك لا يتميز من غيره فلا يمكن رده وقال سحنون لا بأس به لانه يكون اقالة وما ذكرناه يمنع منه والله أعلم ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش قال والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها وليس فى نفسك اشتراؤها فيقتدى بك غيرك * ش نهيه عن النجش يقتضى فساده

* قال مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش * قال مالك والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها وليس فى نفسك اشتراؤها فيقتدى بك غيرك

وتحريمه وقال مالك ان معنى ذلك أن يعطى بسلعته من يريد منفعته أكثر من ثمنها ولا يريد بذلك شراءها ولعله قد وافقك على أن ما زدت غير لازم لك ليقتدى بك غيرك فيزيد بزيادتك أو ليبلغه من الثمن ما لولا زيادتك لم يبلغها لحاجته اليها وحرصه عليها وقال أهل اللغة ان أصل النجش الاستثارة لشئ ولذلك يقال للصائد ناجش لما كان يثير الصيد فكان الزائد في السلعة يثير غيره من المشترى للزيادة فيها ويريهم الحرص عليها (مسئلة) فان وقع البيع على وجه النجش ففي المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان علم بذلك المبتاع فله أن يرده ما لم تفت فان فاتت فله أن يأخذها بقيمتها ما لم تكن أكثر مما ابتاعها به فلا تزاد على ذلك وقال ابن حبيب من دس من يزيد في سلعته ليقتدى به أن بيعه يفسخ الا أن يرضى بها المبتاع بالثمن فان فاتت فعليه القيمة ان ثبت أن هذا دسه البائع أو أحد سببه من ولده أو عبده أو شريكه أو من هو من ناحيته وان لم يكن بسببه ولا أمره فلا بأس به يريد انه لا بأس به للبائع لان ذلك لم يكن عن اختياره ولعله أراد لا بأس به اذا كان الزائد في السلعة زاد على وجه الشراء والرغبة فيها الا على وجه النجش لان النجش اذا وجد فقد وجد البيع على وجه الخلابة والغش للمبتاع فلا يسوغ للبائع وان كان غيره قد صنع له ذلك بغير أمره (مسئلة) وأما الذي يقول أعطيت بسلعتي كذا فان كان صادقا فلا بأس به اذا كان العطاء حديثا وأما ان كان العطاء قديما فكتم قدمه والمبتاع يظنه حديثا فلا وكذلك النجش قاله مالك في العتبية والموازية ووجه ذلك انه اذا أعطيه بقرب المساومة فهو صادق ولا خلابة في قوله وان كان قديم العطاء وتغيرت الأسواق فهو نوع من النجش وذلك غير جائز والنجش من جهته أن يكذب في ذلك ويقول أعطيت فيها ما لم يعط (مسئلة) ولو قال المبتاع للبائع ما أعطيت بسلعتك زدتك دينارا فقال أعطاني بها فلان مائة فزاده واحدا ثم قال فلان ما أعطيته الا تسعين قال مالك في الموازية يلزمه البيع ولو شاء لثبت الا أن تكون بينة حاضرة على اعطاء فلان دون ذلك فيرد البيع ان شاء ولا شئ على البائع وكذلك لو قال أعطيت بها مائة فصدقه وزاده لزمه البيع * قال مالك في العتبية ولا يمين عليهما ووجه ذلك انه صدقه فلا يلزمه انكار المساوم قبله لأن البائع يقول كره بيعي فجحد ما أعطاني فلا ينقض بيعه بذلك (مسئلة) وهذا في زيادة الثمن فأما في نقصه فمثل أن يقول المبتاع لرجل حاضر كف عني لا تزد علي في هذه السلعة ففي كتاب محمد لا بأس بذلك فأما الامر العام فلا يريد عندي والله أعلم أن يقول ذلك لكل من يريد شراءها أو معظمهم وأما الواحد الذي يخاف منه الزيادة في ثمنها على قيمتها أو تبقى منافسة فيها فلا بأس بذلك وكره أن يقول كف عني ولك نصفها ورآه من الدلسة وكره للقوم يجتمعون للبيع فيقولون لا تزيدوا على كذا ووجه ذلك انهم تواطؤا على أذى البائع وحط بعض ثمن سلعته وذلك ممنوع (مسئلة) ولو ان سلعة بين ثلاثة فقال أحدهم لآخر اذا تقاومناها فاخرج منها بربح ليقتدى بك صاحبنا والعبد بيني وبينك ففعل وثبت ذلك ببينة أو اقرار ففي الواضحة والعتبية عن مالك البيع مردود ولا يجوز قال ابن حبيب ولا يأخذ بهذا أصبغ ولم يره من النجش وبه أقول لأن صاحبه لم يرد أن يقتدى بزيادته انما أمسك عن الزيادة لرخصه على نفسه وصاحبه فلا بأس بذلك وجه القول الاول ان هذا معنى فعله ليقتدى به في ثمن المبيع كالنجش

﴿ جامع البيوع ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿ جامع البيوع ﴾
* حدثني يحيي عن مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم

انه يخدع فى البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة قال فكان الرجل اذا بايع يقول لا خلابة * وحدثنى مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول اذا جئت أرضا يوفون المكيال والميزان فاطل المقام بها واذا جئت أرضا ينقصون المكيال والميزان فاقلل المقام

أنه يخدع فى البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة قال فكان الرجل اذا بايع يقول لا خلابة ﴾ ش قوله ان رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع فى البيوع يقال انه منقذ بن عمرو الانصارى المازنى جد واسع بن حبان وكان سبب ذلك انه أصابته فى رأسه فى الجاهلية مأمومة فغيرت لسانه وغيرت بعض ميزه وقد قيل ان حبان بن منقذ هو الذى كان يخدع فى البيوع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلابة وأنت بالخيار وقد قال بعض الناس ان هذا الحديث خاص بهذا الرجل لما كان فيه من الحرص على البيع وضعفه عن التحرز فيه وقد روى القاضى أبو محمد فى اشرافه اذا تبايع الناس بما لا يتغابن الناس بمثله فى العادة وكان أحدهما ممن لا يخبر بسعر ذلك المبيع فاختلف أصحابنا فنهم من يقول لا خيار له وبه قال أبو حنيفة والشافعى ومنهم من يقول له الخيار اذا زاد على الثلث أو خرج عن العادة والمتعارف فيه قال والدليل على هذا القول نهيه صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال ومن باع مايساوى عشرة دنانير بدرهم فقد أضاع ماله كما ان من اشترى مايساوى درهما بعشرة دنانير فقد أضاع ماله قال ونهيه صلى الله عليه وسلم عن تلقى السلع ومن جهة المعنى ان هذا نوع من الغبن فى الأثمان فكان مؤثرا فى الخيار كالعيب فعلى هذا يكون حكم الحديث عاما فى كل أحد على مثل حاله وانما كان معنى قول حبان بن منقذ لا خلابة على وجه الاعلام منه بانه لا يخبر الأثمان وعلى وجه الاعلام للناس بهذا الحكم وانه لا تنفذ خلابة الخالب على مغبون مستسلم وقال ابن حبيب فى واضحته لو ان أحد المتبايعين من جهلة البيع باع أو اشترى مايساوى مائة درهم بدرهم لزمهما ووجه ذلك ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يبيع حاضر لباد قال القاضى رضى الله عنه ويحتمل عندى ابتياعه على المرابحة فيكون قول لا خلابة لمن يزيد عليه فى الشراء وهذا حكم عام ان من اشترى مرابحة فزيد عليه فى الثمن انه بالخيار ويحتمل أن يكون ابتياعه بالخيار وانه كان يشترطه ويقول مع ذلك لا خلابة بمعنى اشتراط الخيار يتحرز من استخداعه وقد روى ابن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له بع وقل لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثة ولا يحتج برواية ابن اسحق ويحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم حكم له بهذا وحجر عليه أن يبيع بغير الخيار وأعلم الناس بذلك وأمره أن يذكر حكمه بقوله لا خلابة ويحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم يأمره أن يقول لا خلابة على وجه الاعذار الى من يبايعه ليتوقى خديعته أهل الصلاح والدين لا ليكون له الخيار ان خدع ولكن لئلا يقدم على خديعته من يأثم به وكان قليلا فى ذلك الزمن ويحتمل أن يريد به لا خلابة فى صفة النقد وفى وفاء الوزن والكيل واستيفائهما فن غبنه فى شئ من ذلك كان له الرجوع عليه وهذه حالة جميع الناس

(فصل) وقوله قل لا خلابة الخلابة الخداع وليس من الخداع أن يبيع البائع بالغلاء أو يشترى المشترى برخص وانما الخلابة أن يكتمه عيبا فيها ويقول انها تساوى أكثر من قيمتها وانه قد أعطى فيها أكثر مما أعطى بها وقد روى حكيم بن حزام عن النبى صلى الله عليه وسلم قال البيعان بالخيار مالم يفترقا فان صدقا وبينا بورك لهما وان كذبا وكتما محقت بركة بيعهما ولذلك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش لأنه من باب الخديعة فى البيع واظهار الناجش للمبتاع ان قيمتها أكثر من قيمتها وانه يريد أن يبتاعها ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول اذا جئت أرضا يوفون المكيال والميزان فأطل المقام بها واذا جئت أرضا ينقصون المكيال والميزان فاقلل المقام

بها ﴾ ش قوله اذا جئت أرضا يوفون المكيال والميزان فأطل المقام بها يحتمل وجهين أحدهما أن يبارك لهم فيما يكيلونه و يزنونه فمن أطال المقام بها ناله من بركة عملهم و بورك له اذا عمل بعملهم كما يبارك لهم والوجه الآخر أن يكون الخير والعدل شائعا عندهم لان الكيل والميزان اذا كان جاريا على ما أمر الله به من توفية الحق وظهوره حتى يعم جميعهم فان الغالب أن سائر أحوالهم جارية على حسب ذلك

(فصل) وقوله اذا جئت أرضا ينقصون المكيال والميزان فاقلل المقام بها يحتمل أيضا وجهين أحدهما ان هذه عقوبة قد عاقب الله تعالى من أجلها أمما وأهلكهم بسببها فحذر المقام ببلد يكون هذا فيهم ويشيع في أسواقهم وحذر أن يصيبهم بعذاب من عنده فيناله معهم ما يذهب من بركة ماله وتصرفه بالبيع والشراء والوجه الثاني ان النقص في ذلك يذهب بركة البيع فلا حظ لهم في المقام فيه وقد قال تعالى ويل للمطففين الذين اذا اكتالوا على الناس يستوفون واذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون وقال تعالى ما قال رسوله شعيب لقومه فقال يا قوم أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الارض مفسدين وعلى كل وجه فان ظهور المنكر وعمومه مما يحذر تعجيل عقوبته وقد قالت أم سلمة يا رسول الله أنهلك وفينا الصالحون قال نعم اذا كثر الخبث فهذا مع الصالحين فكيف مع قلتهم أو مع عدمهم نسأل الله أن يتجاوز عنا بفضله و يتغمدنا برحمته ص ﴿ قال مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع محمد بن المنكدر يقول أحب الله عبدا سمحا ان باع سمحا ان ابتاع سمحا ان قضى سمحا ان اقتضى ﴾ ش قوله أحب الله عبدا سمحا ان باع سمحا ان ابتاع يريد والله أعلم بالسماحة من جهة البائع المسامحة في الثمن وذلك بأن يأخذ القيمة ولا يشطط بطلب أكثرها و يتجاوز في النقد وان ينظر بالثمن وقد روى ربعي بن خراش عن حذيفة قال قال النبي صلى الله عليه وسلم تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم قالوا أعملت من الخير شيأ قال كنت أنظر الموسر وأتجاوز عن المعسر قال فتجاوزوا عنه وفي الواضحة تستحب المسامحة في البيع والشراء وليس هو ترك المكايسة فيه انما هي ترك المواربة والمضاجرة والكزازة والرضا بالاحسان و يسير الربح وحسن الطلب بالثمن قال ويكره المدح والذم في التبايع ولا يفسخ به و يؤثم فاعله لشبهه بالخديعة ومن المكروه الخديعة فيه الالغاز باليمين وقد نهى عن ذلك عمر والحلف فيه مكروه وان لم يلغز وروى ان البركة ترفع منه باليمين والمسامحة من المبتاع في أن يقضي أفضل مما يجد ولذلك قال صلى الله عليه وسلم فان أفضلكم أحسنكم قضاء و يعجل القضاء ولا يبلغ المطل فهو قوله سمحا ان قضى ولا يعنف في سرعة الاقتضاء والله أعلم وهذا الذي أورده مالك من قول ابن المنكدر قد أورده الحافظ رواه محمد بن مطرف عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال رحم الله رجلا سمحا اذا باع واذا اشترى واذا اقتضى أخرجه البخاري من حديث علي بن عباس ص ﴿ قال مالك في الرجل يشتري الابل والغنم أو البز أو الرقيق أو شيأ من العروض جزافا فانه لا يكون الجزاف في شئ مما يعد عددا ﴾ ش وهذا على ما قال انه قال لا يباع شئ مما ذكرنا جزافا ولا نعلم في ذلك خلافا بين العلماء غير ان قوله ولا يكون الجزاف في شئ مما يعد عددا يحتاج الى تفسير وذلك ان ما يعد عددا ينقسم على قسمين قسم تختلف صفاته كالخيل والابل والغنم والرقيق وسائر الحيوان والثياب والعروض فان هذا لا يكاد جملة منها تتفق آحادها فهذا لا يجوز بيعه جزافا وأما القسم الثاني فلا تختلف صفاته على الوجه الذي ذكرناه كالجوز والبيض فهذا اذا وجدت منه جملة فأكثرها تتفق

بها * وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع محمد ابن المنكدر يقول أحب الله عبدا سمحا ان باع سمحا ان ابتاع سمحا ان قضى سمحا ان اقتضى *قال مالك في الرجل يشترى الابل أو الغنم أو البز أو الرقيق أو شيأ من العروض جزافا انه لا يكون الجزاف في شئ مما يعد عددا

صفات آحادها فى المقصود منها فهذا يجوز بيعه على الجزاف مع كونه معدوما وقد قال القاضى
أبو محمد يجوز الجزاف فى كل مكيل كالحنطة أو موزون كاللحم أو معدود كالجوز والبيض مما
الغرض فى مبلغه دون أعيانه ولا آحاده وأما ما ليس بمكيل ولا موزون مما الغرض فى أعيانه كالخيل
والرقيق والثياب فلا يجوز فيه الجزاف لان آحادها تحتاج ان تنفرد بالنظر اليها والمعرفة بصفتها
وقيمتها فى نفسها فوجه قول مالك لا يكون الجزاف فيما يعد عددا يريد بذلك ما الغالب من أمره أن
يسهل عدده لقلته ولا يقدر بكيل ولا وزن ولكنه لسبب علة منع الجزاف فيه الا ما تقدم من اختلاف
صفاته وتفاوت قيمته فى الأغلب ومعنى قول القاضى أبى محمد ان الجزاف يجوز فى المعدود كما يجوز
فى المكيل والموزون يريد المعدود الذى يتعذر مبلغه بالعدد كما يتعذر المكيل بالكيل والموزون
بالوزن ولا يقدر له غير ذلك وأما الخيل وسائر الحيوان والعروض فليس لها قدر تتقدر به وانما
اشترى كل واحد منهما لنفسه وان بيعت الخيل وشقق الكتان اذا كثرت بالعدد فليس كذلك لان
العدد مقدار لها وانما ذلك يشق تقدير ثمن كل واحد منهما فيجعل لها ثمن واحد ويكون زيادة ثمن بعضها
بنقصان ثمن غيرها وذلك لا يكون الا بعد وزنه جميعا والفرق بين هذا المعدود وبين ما تقدم ان ما تقدم
لا يتفاوت قيم آحاده فانما يكون الغرر فى مبلغه والحيوان والعرض يتفاوت قيم آحاده فيكثر الغرر
فى الجملة من وجهين أحدهما من جهة مبلغها ومنتهى عددها والثانية من وجه اختلاف صفتها فانه
لا يعلم كم فى تلك الجملة من الجيد ولا من الدنىء فمنع الجزاف فيه لكثرة الغرر وأبيح فى القسم الاول
لقلته والله أعلم وقد تقدم بسط الكلام فى بيع الجزاف فى الطعام بالطعام بما يغنى عن اعادته والله
الموفق بالصواب ص * قال مالك فى الرجل يعطى الرجل السلعة فيبيعها وقد قومها صاحبها قيمة
فقال ان بعتها بهذا الثمن الذى أمرتك به فلك دينار أو شئ يسميه له يتراضيان عليه وان لم تبعها فليس
لك شئ انه لا بأس بذلك اذا سمى ثمنا يبيعها به وسمى أجرا معلوما اذا باع أخذه وان لم يبع فلا شئ له
قال مالك ومثل ذلك أن يقول الرجل للرجل ان قدرت على غلامى الآبق أو جئت بجملى الشارد
فلك كذا وكذا فهذا من باب الجعل وليس من باب الاجارة ولو كان من باب الاجارة لم يصلح * ش
وهذا على ما قال ان من أعطى لرجل سلعته وقال له ان بعتها بثمن كذا فلك دينار فانه جائز بينهما وهذا
من باب الجعل والأصل فى جوازه قوله تعالى قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم
ومن شرط الجعل أن يكون غير مؤجل رواه ابن المواز وابن حبيب عن مالك ووجه ذلك انه غير
لازم للعامل فلو ضرب له أجل اقتضى ذلك اللزوم وانما يتقدر عمل الجعل بتمام العمل الذى يستحق
العامل الجعل بتمامه كقوله ان بعت لى هذا الثوب بكذا فلك دينار أو ان بعته فلك دينار ولا يسمى ثمنا
وان جئتنى بعبدى الآبق أو ببعيرى الشارد فلك دينار (مسئلة) ولا يجوز الجعل فى عمل ان ترك
العمل بقى للجاعل فيه ما ينتفع به قال ابن حبيب فلا يجوز أن يقول ان عملت لى شهرا فلك كذا
والا فلا شئ لك وما يعمل فيه المجعول له على ضربين أحدهما أن يعمل فى غير ملك الجاعل والثانى
أن يعمل فى ملكه فان كان يعمل فى غير ملكه مثل أن يجعل له جعلا فى رد عبده الآبق أو جمله الشارد
أو يحفر له بئرا فى غير أرضه فقد قال ابن حبيب يجوز الجعل فى مثل هذا على ما قل وكثر لان العامل
اذا ترك العمل لا يبقى بيد الجاعل من ذلك شئ وأما الضرب الثانى وهو أن يعمل فى ملك الجاعل
وذلك مثل أن يجعل له جعلا على أن يحفر له بئرا فى أرضه فلا يجوز على وجه العمل لان الجعل
مبنى على انه لا يلزم العامل اتمام العمل لما فيه من الغرر فاذا حفر فى ملك الجاعل ثم تركه قبل أن يكمله
انتفع الجاعل بما عمله دون عوض فلم يجز ذلك وقد اختلف قول مالك فى الجعل يجعل للخصم على

قال مالك فى الرجل يعطى الرجل السلعة يبيعها له وقد قومها صاحبها قيمة فقال ان بعتها بهذا الثمن الذى أمرتك به فلك دينار أو شئ يسميه له يتراضيان عليه وان لم تبعها فليس لك شئ انه لا بأس بذلك اذا سمى ثمنا يبيعها به وسمى أجرا معلوما اذا باع أخذه وان لم يبع فلا شئ له * قال مالك ومثل ذلك أن يقول الرجل للرجل ان قدرت على غلامى الآبق أو جئت بجملى الشارد فلك كذا وكذا فهذا من باب الجعل وليس من باب الاجارة ولو كان من باب الاجارة لم يصلح

ادراك مايخاصم عنه فيه وللطبيب على ابراء العليل وقال فى المدونة لايجوز وقال سحنون وقد روى انه عنده جائز مثل أن يجعل له جعلا على بيع ثياب أو رقيق فقد قال مالك فى المدونة لايجوز ذلك الا فيما قل دون ما كثر وجوز مالك الجعل فى شراء كثير الثياب فى المدونة ووجه ذلك انه كلما اشترى شيأ كان له من الجعل بحسابه ولو كان مثل هذا فى البيع لجاز وقد روى ابن المواز عن أشهب عن مالك انه ان اعطاه ثيابا وقال كلما بعت لى ثلاثة أثواب فلك كذا انه جائز وقد روى أيضا عن مالك فى الذى يجعل له فى الرقيق يصيح عليهم وله فى كل رأس يبيع درهم ولا شئ له ان لم يبع لا يصلح قال محمد لانهم قصدوا بيع الجملة ولو قال على أن تبيع منهم من شئت جاز وكذلك الثياب ومثله فى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك فهذا وجه المسئلة عندى وانما منع من ذلك فيمن لا يكون له شئ من الجعل حتى يبيع جميعها ولو شرط مثل هذا أن يشترى له مائة ثوب وله دينار ولا شئ له ان لم يشتر جميعها لم يجز ذلك وانما يفترقان فى اطلاق العقد فالبيع يقتضى أن لا شئ له الا بشرط والشراء يقتضى ان له بحساب ما يشترى وذلك عرف جار بينهم مع أن جميع المبيع معين ولا يصح ذلك فيما يشترى فى الأغلب (مسئلة) ومن شرط الجعل أن لا ينقد الجعل وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك لا يصح الأجل فى الجعل ولا النقد قال ابن حبيب الا أن تتطوع به ووجه ذلك انه قد لا يتم ما جعل له عليه فيرد ما قبض وقد يتم فيصير له فتارة يكون جعلا وتارة يكون سلفا وذلك يمنع صحته (مسئلة) ومن شرطه أن لا يكون لازما للعامل وله أن يترك متى شاء قبل العمل وبعده قاله مالك وأصحابه ووجه ذلك أنه يكثر الغرر فى العمل ويتفاوت فلو لزمه رد الآبق على كل حال ورد البعير الشارد لتعذر عليه العمل وعظمت فيه المشقة مما لم يظهر له قبل أن يشرع فى العمل فكان له أن يترك متى شاء ولا يلزم الجاعل بنفس العقد ويلزمه اذا شرع العامل فى العمل قال سحنون فى العتبية اذا شرع العامل فى العمل لم يكن للجاعل اخراجه وللمجعول له أن يخرج متى شاء ولو جعل له جعلا فى رد آبق ثم أعتقه فان أعتقه بعد ان عمل وشخص فيه فله جميع الجعل وان لم يعمل شيأ ولا شخص فلا شئ له قاله أصبغ وهذا على ما قدمناه وفى الموازية قال عبد الملك من جعل فى آبق جعلا ثم أعتقه فلا شئ فيه لمن وجده بعد ذلك وان لم يعلم بالعتق ولو أعتقه بعد ان وجده فله جعله فان كان الجاعل عديما فذلك فى رقبة العبد لانه بالقبض وجب له الجعل قال أحمد بن ميسر ان كان العتق بعد القدوم فكما قال وان أعتقه بعد علمه انه وجده لزمه جعله وان لم يجد عبده لم يصح عتق العبد حتى يأخذ جعله مبدأ على الغرماء كالرهن (مسئلة) ومن شرطه أن يكون الجعل غير معين أو يكون معينا لا يسرع اليه التغير فمن قال من جاءنى بعبدى الآبق فله هذه الدنانير أو هذا الثوب فجائز ولا خير فى أن يقول له هذا العبد أو هذه الدابة لان ذلك يتغير وتسرع الحوادث اليه قاله مالك فى الموازية (مسئلة) ومن شرطه أن لا يكون له شئ ان لم يأت بما جعل له عليه الجعل قال مالك فى الموازية والجعل الجائز أن يقول ان لم يبع أو لم يجد فلا شئ له ووجهه انه اذا التزم له الجعل عمل أو لم يعمل ففيه غرر كثير مستغنى عنه فعاد ذلك بفساد العقد (فرع) واذا عقد وقع عقد الجعل على وجه الفساد ففى المدونة عن مالك فيمن قال ان جئتنى بعبدى الآبق فلك نصفه فان جاء فله أجرة مثله وان لم يأت به فلا جعل له ولا اجارة والذى روى ابن حبيب عن مالك فى هذه المسئلة ان جاء به فله جعل مثله وان لم يأت به فلا شئ له وقد قال ابن المواز ان فى الجعل الفاسد اجارة المثل والفرق بين الجعل والاجارة ان الجعل اذا انعقد قبل العمل على عمل مجهول فانما له فى ذلك ما يجعل على مثل المجعول فيه على الوجه الذى علم من حاله أو ظهر منها يوم الجعل ولا ينظر الى ما كان بعد ذلك من مشقة عمل

قال مالك فأما الرجل يعطى السلعة فيقال له بعها ولك كذا أو كذا فى كل دينار لشئ يسميه فان ذلك لا يصلح لأنه كلما نقص دينار من ثمن السلعة نقص من حقه الذى سمى له فهذا غرر لا يدرى كم جعل له

أو كثرته أو لمته أو خفته والاجارة انما تكون فى عمل معلوم فاذا عمل كان له من الأجر بحساب ما عمل دون ما كان عقد عليه يوم العقد لكنه لما خرج العقد مخرج الجعل لم يكن له شئ ان لم يأت به لأنه على ذلك دخل وان أتى به كان له أجر مثله على قدر نصبه وتعبه وطول مسافة طلبه فوجه القول الأول ان العقد اذا تنوع الى صحة وفساد فان فاسده يرد الى صحيحه ولا ينقل الى غيره من العقود كالبيوع ووجه القول الثانى ان الاجارة هى الاصل وانما جوز الجعل فى العمل المجهول والغرر للضرورة ولذلك كان عقدا غير لازم للعامل فاذا وقع فاسدا وفات رد الى الاجارة التى هى الأصل وقد وقع مثل هذا الاختلاف لأصحابنا فى القراض الفاسد يرد الى قراض المثل والى أجر المثل والله أعلم (فرع) وقد قال ابن القاسم فى العتبية والواضحة فى الذى يقول من جاءنى بعبدى الآبق فله هذه الدابة ان وجده فله جعل مثله وان لم يجد فله أجر مثله وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون جاء به أو لم يجئ به فله أجر مثله اذا شخص فيه فيجيء على مثل هذا بين الجعل والاجارة فرق آخر وهو ان جعل مثله انما يكون له جعل مثله على حسب ما يجعل لمثله فى عنائه ونهضته ومعرفته ونفوذه فى مثل رد ذلك الآبق ان جاء به وان لم يأت به لم يكن له شئ وأما أجر المثل فانه يكون له أجر مثله سواء جاء بما استؤجر عليه أو لم يأت به لان ذلك مقتضى الاجارة وقد قال ابن القاسم فى المدونة فيمن استأجر رجلا يبيع له ثوبا بدرهم شهرا ان ذلك جائز اذا كان ان باع قبل تمام الشهر أخذ من الأجر بحساب ما عمل من الشهر وان انقضى الشهر وهو يسوقه ولم يبعه فله جميع الأجر وهو كله قول مالك ووجهه ما تقدم

ص ﴿ قال مالك فأما الرجل يعطى السلعة فيقال له بعها ولك كذا وكذا فى كل دينار لشئ يسميه فان ذلك لا يصلح لانه كلما نقص دينار من ثمن السلعة نقص من حقه الذى سمى له فهذا غرر لا يدرى كم جعل له ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من قال لرجل بع لى ثوبى ولك من كل دينار جزء منه أو درهم لم يجز لانه لم يسم ثمنا يبيعه به واذا لم يكن الثمن معلوما كان جعل العامل مجهولا ولا يجوز أن يكون الجعل مجهولا لانه لا ضرورة تدعو الى ذلك وانما جاز أن يكون العمل مجهولا للضرورة الداعية الى ذلك وأيضا فان العمل لما كان مجهولا كان العامل بالخيار فى تركه متى شاء فتقل مضرته لأنه اذا رأى ما يكره من مشقة العمل كان له الترك والجعل فى جنبة الجاعل لازم فلا يصح أن يكون مجهولا لأنه لا يقدر على أن يتخلص من مضرة غرره اذا شاء (فرع) فان باع على ذلك فله جعل مثله وان لم يبع فلا شئ له رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ ولو قال ان بعته بعشرة فلك من عدد دينار ربعه أو عشره أو لك منه درهم جاز لأن الجعل حصل معلوما فذلك جائز فيه (فرع) وان باع بأكثر من عشرة ففى العتبية لابن القاسم ليس له الا سدس العشرة ووجه ذلك أنه لما جعل جعله الجزء المسمى من العشرة فما زاد من الثمن فذلك سواء لأنه لم يوجد منه غير البيع مما يستحق فيه الأجرة وكذلك لو قال بع هذا الثوب ولك درهم أو دينار كان كما قدمناه والله أعلم (مسئلة) ولو قال ان بعت هذا الثوب فلك درهم وان لم تبعه فلك درهم قال ابن المواز هى اجارة وهى جائزة ان ضرب لها أجلا ووجه ذلك أن الدرهم لزمه باع أو لم يبع فان لم يضرب للعمل أجلا كان على نهاية الغرر لأنه يعرضه ثم يرده اليه وقد استوجب الدرهم (مسئلة) ولو قال ان بعته فلك درهم وان لم تبعه فلك نصف درهم لم يجز وهاتان اجارتان فى اجارة ولا يجوز أن يقول له بعه فما زاد على عشرة دراهم فلك لان الجعل مجهول قد دخله الغرر قاله مالك (مسئلة) ولو قال ان بعت اليوم هذا الثوب فلك درهم ففى الموازية والواضحة لا يجوز على الاطلاق وفى المدونة لا خير فيه الا أن يشترط انه متى شاء

أن يتركه تركه وقد قال فى مثل هذا أراه جائزا وهو جل قوله الذى يعتمد عليه وجه القول الأول ما احتج به من ان الجعل لا يجوز أن يكون لازما وهذا ان لزمه العمل فعمل يومه أجمع ولم يبعه فلا شئ له ولو باعه فى بعض النهار سقط عنه عمل سائر النهار يشير الى الغرر مع اللزوم ومعنى المسئلة عندى أن العمل فى الجعل والاجارة يتقدر بأمرين أحدهما بالعمل والثانى بالزمن فاذا تقدر بالعمل فى الجعل والاجارة جاز واذا تقدر بالزمن جاز فى الاجارة وأما فى الجعل ففيه نظر لأنه ان كان على معنى اللزوم فقد خالف حكم الجعل لانه مبنى على الجواز ومتى فاته اللزوم وان كان على معنى الجواز وانه متى شاء أن يترك فى المدة ترك فلا يفسد من هذا الوجه لكنه يراعى العمل بعد الزمن فان كان للعامل العمل بعد ذلك الزمن حتى يكمل ويستوفى جعله فذلك جائز وقد بطل التوقيت بالزمن وان لم يكن له أن يعمل بعد ماقدر من الزمن فلا يجوز أيضا لانه يعمل جميع المدة فينتفع الجاعل بعمله ثم يمنع اتمام العمل فذهب عمله بطلا ولذلك قال ابن المواز وابن حبيب فى هذه المسئلة لا يجوز الا أن يترك متى شاء فى اليوم وبعده ووجه القول الثانى ان العمل اذا كان من القلة بحيث يتيقن انه يمكن غالبا كماله فيما تعلق به من الزمن جاز ذلك وليس على وجه التقدير بالزمن وانما هو على وجه تعليقه بزمن ينقضى فيه العمل مثل أن يقول له لك درهم على أن تأتينى فى كل يوم من هذا الشهر بقلة من ماء من هذا النهر جاز لانه لا يتقدر العمل باليوم وانما يتقدر بالاتيان بالقلة من الموضع القريب الذى يمكنه أن يأتى فى ساعة من ساعات النهار منه بأمثال ذلك وانما علق ذلك باليوم لئلا يأتيه فى يوم واحد أو يؤخر اتيانه بها عن تلك المدة وفى المدونة من استأجر ثورا يطحن له كل يوم أردبين فوجده يطحن أردبا واحدا رده فظاهر هذا تجويزه وروى عن ابن عبدوس عن سحنون انما سئل مالك فى الفرانين يستأجرون الاجراء ويطرحون عليهم كل يوم طريحة معلومة يستأجر الأجير شهرا يعمل كل يوم طريحة معلومة بما يعلم انه يفرغ كل يوم ولا يحتمل لذلك النظر لان الطريحة أمد واليوم أمد فلا يجتمعان فى عقد وكذلك الذى يستأجر الرجل يحمله الى مصر فلا ينبغى أن يشترط عليه فى ذلك أمدا وقول سحنون هذا معناه ان ماضرب من الزمن على سبيل التقدير للعمل لا يصلح أن يجتمع مع تقدير العمل بنفسه ومالم يكن على وجه التقدير وانما هو على معنى التراضى لا يكون من العمل الذى هو أمد فلا يمنع صحة ذلك العقد لمعرفتهما بالتمكن من الفراغ منه مع الرفق ويتفق ذلك على كل حال فصار ذلك كالوصف لعمله ومقدار نهضته فيه فانما يجوز ذكر الزمن ووصف مقدار العمل فى الاجارة على هذا الوجه وقد قال مالك فى الذى يقول للرجل ابتع لى هذه السلعة الكثيرة الى أجل كذا ولى كذا على أنى متى شئت تركت انه لا بأس به ان لم ينقد وان نقد فلا خير فيه لان الخيار لا يصلح فيه النقد ولم تقع الاجارة على وجه الجعل وانما وقعت اجارة لازمة شرط فيها الخيار فاقتضى اطلاق مسئلة المدونة فى قوله ان بعت هذا الثوب اليوم فلك درهم ولك أن تترك متى شئت انه ليس من باب الجعل وانما هو من باب الاجارة على شرط الخيار للعامل فان باع فى بعض اليوم فيجب أن يكون له من الأجر بحسابه وان انقضى اليوم وهو محاول البيع ولم يبع فله الدرهم كاملا وأما على قول ابن حبيب وابن المواز انه يكون له الخيار فى اليوم وبعده فانه على وجه الجعل فان عمل يومه ذلك ومابعده ولم يبعه فلا شئ له وان باعه فى أول ذلك اليوم فله الجعل أجمع والله أعلم ص * مالك عن ابن شهاب انه سأله عن الرجل يتكارى الدابة ثم يكريها بأكثر مما تكاراها به فقال لا بأس بذلك * ش قوله فى الذى يكترى الدابة له أن يكريها بأكثر مما كتراها به قبل القبض وبعده وبهذا قال

* وحدثنى مالك عن ابن شهاب انه سأله عن الرجل يتكارى الدابة ثم يكريها بأكثر مما تكاراها به فقال لا بأس بذلك

مالك والشافعي وطاوس وجماعة من العلماء قال القاضي أبو محمد له أن يكريها بمثل ما أكراها به وأقل وأكثر لانه عاوض على ملكه كبائع الأعيان وقال أبو حنيفة من استأجر دارا أو دابة فليس له أن يؤاجرها حتى يقبضها وليس له بعد قبضها أن يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به وقال ابن سيرين والنخعي والشعبي (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز اجارة كل ما يعرف بعينه مما يصح بذل منافعه كالدور والعبيد والدواب والثياب وغير ذلك من المواعين وأما ما لا يعرف بعينه كالمكيل والموزون فلا تصح اجارته قال القاضي أبو محمد واجارته قرضه والأجرة ساقطة عن مستأجره وهذا قول ابن القاسم وكان شيخنا أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه اذا كان المالك حاضرا معه وجه قول ابن القاسم ان الاجارة معاوضة على منافع الأعيان دون الأعيان واذا كانت الدنانير والدراهم والمكيل والموزون لا يصح الانتفاع به مع بقاء العين لم يصح أن يستأجر ووجه القول الثاني ان الانتفاع بها ممكن مع بقاء عينها بان يضعها المستأجر بين يديه يكثر بها ويحمل وله غرض بأن يرى الناس أن معه مالا كثيرا فيتاجر ويناكح وانما قلنا يكون المالك معه لئلا ينفقها المستأجر ويعطيه بدلها ويزيده الأجرة فيكون قرضا بعوض وهذا الذي ذكره القاضي أبو محمد من قول ابن القاسم والشيخ أبي بكر ليس بخلاف لان ابن القاسم انما منع استئجارها المنافعها المقصودة منها وليس المقصود من الدنانير والدراهم ما أباح استئجارها به الشيخ أبو بكر وهذا كما يقال لا يجوز استئجار الشجر لمنفعتها المقصودة لانه بيع الثمر على بدو صلاحه ولا بأس أن يستأجرها ليمد عليها الحبال ويبسط الغسال الثياب عليها وما جرى مجرى ذلك مما ليس من منافعها المقصودة والله أعلم (مسئلة) عقد الاجارة لازم من الطرفين ليس لاحد من المتعاقدين فسخه خلافا لأبي حنيفة في قوله ان للمكري فسخه للعذر مثل أن يكتري جمالا لسفر ثم يبدو له أو يمرض فله الفسخ أو يكتري دارا ثم يريد السفر أو دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه والدليل على ما نقوله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود والأمر يقتضي الوجوب ومن جهة المعنى انه عقد معاوضة محضة فكان لازما بالشرع كالبيع ووجه آخر ان كل معنى لا يملك فيه المكري فسخ الاجارة فانه لا يملك المكتري فسخه لانه كالغلاء والرخص (مسئلة) يجوز شرط الخيار في الاجارة معينة كانت أو مضمونة خلافا للشافعي لان المنافع أحد نوعي ما يقصد بالمعاوضة المحضة فجاز اشتراط الخيار فيها كالأعيان قاله القاضي أبو محمد (مسئلة) والاجارة على ضربين اجارة متعلقة بعين واجارة متعلقة بالذمة فأما المتعلقة بالعين فمثل أن يكتري منه دابة معينة وأما المتعلقة بالذمة فمثل أن يكتري منه دابة يأتيه بها يعمل عليها عملا متفقا عليه قال القاضي أبو محمد وكل ذلك جائز لانه لما جاز بيع الدابة المعينة جاز له بيع ما يجوز بيعه من منافعها ولما جاز له أن يبيع دابة موصوفة في ذمته جاز أن يبيع منافعها (فرع) اذا ثبت ذلك فلا يجوز أن يكتري الدابة المعينة كراء مضمونا قال مالك في المدونة ووجه ذلك ان التعيين ينافي الضمان فان المعينة يتعلق الضمان بها والكراء بعينها ومعنى ذلك منافعها المختصة بها لا يقوم غيرها في ذلك مقامها والكراء المضمون يتعلق بذمة المكري فلا يصح اجتماعهما فاذا هلكت الدابة المعينة انفسخت الاجارة بينهما وكان للمكتري على المكري من ثمن المنافع بقدر ما بقي له منها فلا يجوز له أن يأخذ منافع دابة أخرى لان ذلك فسخ دين في دين (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الكراء على الضربين المذكورين يتقدر عمله بما قدمناه بالعمل وبالزمن فالعمل مثل أن يقول اركب هذه الدابة الى الرملة أو الى مصر أو الى برقة أو الى مكة وأما المقدرة بالثمن فمثل أن يكتري منه دابة ليركبها شهرا ولا بد من تقدير ما يكتري عليه بأحد

الأمرين ليكون للعمل مقدار معلوم والا كان مجهولا وذلك يمنع صحة العقد عليه ولا يجوز أن يجمع التقديران لان ذلك غرر لجواز أن يحصل أحدهما دون الآخر وقد تقدم القول فى ذلك (مسئلة) ويجوز أن يكون العمل حالا ومؤجلا ووجه ذلك أحد نوعى ما عاوض فيه المعاوضة المحضة فجاز أن يكون حالا ومؤجلا أو حاضرة أو غائبة فان كانت غائبة لم يجز النقد فيها حتى تحضر وفى كتاب محمد عن مالك ان اشترط تأخير النقد الى البلوغ فذلك جائز ووجهه ان النقد لا يجوز فيها حتى تحضر فاذا حضرت جازت حين النقد بالشرع والشرط (مسئلة) وان كانت حاضرة فهل يجوز اشتراط ركوبها بعد شهر أو شهرين قال ابن القاسم فى المدونة لا بأس به ما لم ينقد وقال غيره لا يجوز ذلك ووجه قول ابن القاسم ان الغرر اليسير جائز فى العقود لاسيما مع عدم النقل والظاهر من أمرها السلامة والفرق بين الاجارة فى المعين الى شهر وابتياعه الى شهر ان المنافع المعقود عليها غير معينة ولا موجودة ولعدم التعيين تأثير فى منع التأخير ووجه آخر وهو أن البيع يقتضى تعجيل النقد والاجارة تقتضى تأخير النقد حتى تستوفى المنافع فلم يؤثر تأخير قبض المنافع فى العقد تأثيرا يخرج به عن مقتضاه وفى البيع ان عجل دخله تارة بيع وتارة سلف وان أخر فقد أثر فيه ما يخالف مقتضاه (فرع) اذا قلنا لا يجوز النقد فيما بعد ويجوز فيما قرب ففى الموازية عن ابن القاسم لا يعجبنى أن ينقد الكراء الى عشرة أيام ووجه ذلك انه مدة يكثر فيها تغير الحيوان لاسيما مع استخدام صاحبه له واتعابه اياه فيما يريده ويعجبه فيحتاج بتغيره الى رد الكراء فيكون تارة كراء وتارة سلفا (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان اطلاق عقد الكراء فى منافع الدابة المعينة لا يقتضى تعجيل النقد خلافا للشافعى والدليل على ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه ومعلوم أنه ندب الى تعجيل قضاء حقه فاقتضى ذلك انه وقت استحقاقه وانه لم يكن يستحقه قبل ذلك ودليلنا من جهة المعنى انه أحد نوعى ما يعوض عليه دون ذكر تأجيل فلم يجب تسليم الثمن الا عند استيفاء المثمون كالأعيان (مسئلة) اذا أطلق العقد فان كان للبلد عرف من نقد أو تأخير حملوا عليه والا فكلما عمل جزأ من العمل استحق بقدره من الأجرة قاله القاضى أبو محمد وغيره ووجهه ما تقدم (مسئلة) وهذا اذا كانت الاجارة فى الذمة فان كانت معينة بأن استأجر اجراء بعمل شهر بثوب فان كان كراء الناس عندهم على النقد أجبر على تسليم الثوب وان لم يكن بالنقد لم تصلح الاجارة ولا الكراء بذلك الا أن يشترط النقد ووجه ما احتج به ابن القاسم من أنه مبيع معين لا يقبض الا بعد شهر فذلك لا يجوز باتفاق قال ابن القاسم والعروض والطعام فى هذا سواء وقال ابن حبيب الكراء بهذا كله جائز وان كان سنة الناس من التأخير فهو على التعجيل حتى يشترط التأخير نصرحا وقاله من أرضى من أصحاب مالك وجه قول ابن القاسم ان اطلاق العقد محمول على العرف ووجه قول ابن حبيب لا حكم للعرف الفاسد وانما التأثير والحكم للعرف الصحيح (مسئلة) وأما ان شرط أن يمسكه اليومين والثلاثة ان كان يمسك الثوب ليلبسه أو الخادم لتخدم أو الدابة ليركبها يوما أو يومين أو يحبس ذلك للاستيثاق للاشهاد أو نحوه فلا بأس بذلك فان كان بغير منفعة فقد قال ابن القاسم لا يعجبنى ذلك ولا أفسخ به البيع ووجه ذلك قصر المدة وقلة الغرر فيها فان كان لغرض فلا كراهية فيه وان كان لغير غرض صحيح فهو مكروه وليس فيه من الغرر ما يفسد به البيع (فصل) فأما الكراء المضمون فانه يجوز أن يكون معجلا بخلاف السلم على المشهور من المذهب ووجه ذلك ان المنافع هذا حكمها لا يجوز أن يعقد منها الا على موجود مع الاجماع على جوازه فبين

يعتبر بقوله ولذلك قال تعالى انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج فاذا ثبت ذلك فالتعيين فى العين المعقود على منافعها انما هو تعيين لعين المعقود عليه فاذا جاز العقد على منافع دابة معينة مؤجلة فكذلك على منافع دابة غير معينة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان حكم كراء الراحلة المضمونة الى أجل على تعجيل الكراء لئلا يدخله الكالئ بالكالئ وهل يجوز فيه التأخير * قال مالك اذا تكارى كراء مضمونا كالمتكارى الى غير الحج فى غير ابانه فليقدم منه الدينارين ونحوهما ولا يجوز فى غير ذلك من المضمون يتأخر فيه الركوب أن يتأخر شئ من النقد وروى أبو زيد عن ابن القاسم اذا قدم اليه فى الكراء المضمون الدنانير حتى يأتى بالظهر فلا بأس بذلك وكم من مكر يهرب بالكراء أو يترك أصحابه وروى ابن المواز عن مالك انه كان يكره تأخير النقد فيه الا أن ينقد أكثر الكراء أو ثلثيه ثم قال وقد قطع الاكرياء أموال الناس فلا بأس بتأخير النقد ونقده الدينار ونحوه وسواء كان تأخيره بشرط أو بغير شرط مالم يشترط أجلا بعد تبليغ الحمولة فلا خير فيه فلم يختلف قول مالك فى الكراء للحج واختلف قوله فى الكراء لغير الحج وآخر ما قاله فيه الجواز للضرورة العامة الشاملة (مسئلة) فان كان الكراء المضمون حالا وشرع فى الركوب فلا يحتاج الى نقد لان أحد الطرفين قد تعجل وأخذه فى الركوب وتماديه فيه يقوم مقام استعجاله كما يقوله فى المقاثئ والمبطخة وانه يجوز بيعها بالدين وان كان المعقود عليه لم يخلف أكثره لانه فى حكم الموجود لسابقه وتتابعه (مسئلة) والمركوب لا بد أن يعرف بتعيين أو وصف فالمشاهد يشار اليه بأن يقال اكتريتك هذه الراحلة أو الدابة أو العبد والموصوف لا بد فيه من ذكر الجنس للحمل وما يصلح للركوب والذكر أصعب من الانثى فلا بد أن يبين قاله القاضى أبو محمد (مسئلة) ولا تتعين الدابة ولا السفينة بكونها فى ملك المكترى وقد قال مالك فى العتبية والموازية فى الذى يكترى من رجل على أن يحمله على دابة أو سفينة لم يسمها وله دابة أو سفينة أحضرها ولم يعلم له غيرها الا انه لم يقل يحملنى على هذه فهلكت بعد أن ركب فعليه أن يأتى بدابة أو سفينة غيرها وذلك على الضمان ومتى اشترط انى أكريك هذه بعينها ينفسخ الكراء بهلاكها أو يكرى منه جزأ من هذه السفينة فان ذلك يكون كالتعيين * قال القاضى أبو الوليد أيده الله وهذا عندى انما يتصور على ما قدمناه من ان المضمون موصوف على أحد وجهين اما أن يكونا قد تواصفا ما وقع عليه الكراء فهذا تصريح بالكراء ثم أحضره ما فى ملكه قضاء عن المضمون واما ان لا يكونا تواصفا شيأ فيكون ما أحضر من الراحلة فى عدم التعيين يقوم مقام الوصف لما عقدا عليه فيكون الاحضار قبل العقد وهذا أظهر لقوله يحملنى على دابة أو سفينة ولم يسمها يتعلق العقد بشئ ما من غير تعيين ولا يجوز الزام العقد فيه الا على الوصف على ما تقدم والله أعلم وأحكم

(فصل) ذكر القاضى أبو محمد ان الظاهر من مذهب أصحابنا أن استيفاء المنافع لا يختص بالعين المعقود عليها وان عينت لذلك فانما هو كالوصف لا تنفسخ الاجارة بتلفه بخلاف العين المستأجرة تتلف وذلك مثل أن يستأجره على رعاية غنم باعيانها وخياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فان العقد لازم لا ينفسخ وعلى المستأجر أن يوفى جميع الاجرة ويأتى ان شاء بغنم مثلها وقد قيل ان العين التى تستوفى فيها الاجارة تتعين بالتعيين فتنفسخ الاجارة بتلف المحل المعين قال ووجه القول الاول ان عقد الاجارة لازم من الطرفين فلو كان يختص الاستيفاء بمحل معين لما لزم من جهة المكترى لأن له بيع متاعه وغنمه بعد الاستئجار عليها ووجه القول الثانى ان هذا أحد المحلين

بالاجارة فتصح بعينه كالعين التى تستوفى فيها من المنافع لأنه اذا استأجر دابة ليركبها فهلكت بطلت الاجارة فلذلك اذا عين من يركبها أو القميص الذى يخيطه أو الغنم التى يرعاها يجب أن تنفسخ الاجارة بتلف ذلك ولأنه يجب ذلك فى الظئر تستأجر لرضاع صبى والطبيب لعلاج مريض أو قلع ضرس اذا مات الصبى و برئ المريض فكذلك سائر ما يستأجر عليه وهذا الذى قاله أبو محمد فيه نظر وظاهر المذهب على خلاف هذا وذلك ان محل استيفاء المنافع ينقسم على ثلاثة أضرب ضرب لا يختلف بالجنس ولا تختلف أعيانه كحمل القمح وحمل الشعير وحمل الشقة فهذا الافائدة فى تعيينه لأنه لاخلاف بين حمل قمح وحمل قمح آخر من جنسه فى مثل وزنه ولا تستضر الدابة بحمل أحدهما الامثل استضرارها بالآخر فلا يتعين بالعقد عليه وقد قال ابن المواز ولو أحضر متاعا اكترى عليه لم يكن ذلك تعيينا له ولو اشترط أن لا يعدوه ولا يأتى بغيره ولم يبدله لم يجز ذلك فان حمل فله كراء مثله و وجه ذلك انه مالم يكن فى عينه غرض صحيح فانه لا يتعين بالعقد كالدنانير والدراهم والجزء من الجملة (فرع) فاذا قلنا ان ما تساوت حاله فى أن استيفاء المنافع لا يتعين بالعقد عليه فانه يتعلق العقد به فى الذمة من ذلك الجنس فمن استأجر على حمل متاع فتلف ذلك المتاع لم تنفسخ الاجارة وكان على المستأجر اداء جميع الاجارة ويأتى بمثل المتاع يحمل له ان شاء (فرع) فان شرط تعيينه وان لا يعدوه الى غيره فقد تقدم من قول ابن المواز انه لا يجوز لأنه من شرط فى مضمون انه متى عينه ثم تلف قبل استيفاء الحق منه بطل الحق ببطلانه وفسد العقد للشرط المدخل للغرر لأن من شرط المضمون لا يبطل العقد فيه بالاستيفاء دون الاحضار للاستيفاء ألا ترى ان من سلم فى عدد من الطعام على انه متى أحضره صبره من جنس ذلك الطعام فتلف قبل الكيل انه يبطل السلم فان هذا الشرط يبطل السلم والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يحتاج الى وصف الراكب خلافا للشافعى لما قدمناه وذلك ان الاجسام فى الاغلب متقاربة فلم يحتج الى تعيينه بالوصف ولا بالرؤية فان جاء برجل فادح عظيم الخلق خارج عن المعتاد لم يلزمه قال القاضى أبو محمد لأن هذا نادر ولا يتعلق العقد الا بالمعتاد دون النادر

(فصل) والضرب الثانى ضرب تختلف أعيانه بتباين أغراضه كالعليل يستأجر الطبيب على علاجه والمرضع تستأجر الظئر على رضاعه والمعلم يستأجر على تعليم الصبى و رياضة الدابة وما جرى مجرى ذلك فان هذا يتعين بالعقد ولا يجوز العقد منه على مضمون فى الذمة لاختلاف الناس وتفاوتهم فى أمراضهم واختلاف الاطفال فى كثرة الرضاع وقلته مع مشقة تناول أحوال بعضهم وكذلك من يعلم القرآن والصنائع يتفاوتون فى التعليم للاختلاف فى الذكاء وقبول التعلم

(فصل) والضرب الثالث تختلف أعيانه اختلافا يسيرا كالغنم والماشية يستأجر عليها من يرعاها و يحفظها فيختلف الجنس من الماشية وسكونها وأنسها وليس بكبير اختلاف ففى مثل هذا الجمهور من أصحابنا على انها لا تتعين بالعقد لتقارب أحوال الجنس منها وأما صفة العقد فقد قال ابن القاسم لا يصلح العقد عليها الا بشرط خلف ما هلك منها وقال غيره يجوز ذلك من غير شرط والحكم يوجب له ذلك وأما الذى يراه من ذلك فكالصفة (مسئلة) ولو استأجر على حصاد زرع فى بقعة معينة ففى الموازية من رواية أشهب عن مالك ان هلك الزرع انفسخت الاجارة قال ابن القاسم الاجارة قائمة ويستعمله فى مثله وجه قول مالك اختلاف حال البقع بالقرب والبعد وتغير المثل لا سيما يقرب ويكون للمستأجر فيه رفق ووجه قول ابن القاسم ان عمل الحصاد لا يختلف فى الزرع فلذلك لا يتعين بالعقد على حصاده كحمل الاحمال والله أعلم وأحكم

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿ كتاب المساقاة ﴾
﴿ ماجاء في المساقاة ﴾
* حدثنا يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم الفتح أقركم فيها ما أقركم الله عز وجل على أن الثمر بيننا وبينكم قال فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلي فكانوا يأخذونه * وحدثني مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث عبد الله بن رواحة الى خيبر فيخرص بينه وبين يهود خيبر قال فجمعوا له حليا من حلي نسائهم فقالوا له هذا لك وخفف عنا وتجاوز في القسم فقال عبد الله بن رواحة يامعشر اليهود والله انكم لمن أبغض خلق الله الي وما ذاك بحاملي على أن أحيف عليكم فأما ما عرضتم من الرشوة فانها سحت وانا لا نأكلها فقالوا بهذا قامت السموات والأرض

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
﴿ كتاب المساقاة ﴾
﴿ ماجاء في المساقاة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم الفتح أقركم فيها ما أقركم الله عز وجل على أن الثمر بيننا وبينكم قال فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلي فكانوا يأخذونه * مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث عبد الله بن رواحة الى خيبر فيخرص بينه وبين يهود خيبر قال فجمعوا له حليا من حلي نسائهم فقالوا له هذا لك وخفف عنا وتجاوز في القسم فقال عبد الله بن رواحة يامعشر اليهود والله انكم لمن أبغض خلق الله الي وماذاك بحاملي على أن أحيف عليكم فاما ماعرضتم من الرشوة فانها سحت وانا لا نأكلها فقالوا بهذا قامت السموات والارض ﴾ ش قوله انه قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر يريد في ذلك الزمن حيث وجب تفرغ النظر للمسلمين فيها كما يقال قال كذا يوم بدر وفعل كذا يوم أحد وانما جرى ذلك في الأيام المضافة اليها

(فصل) وقوله على ما أقركم الله عز وجل على ان التمر بيننا وبينكم يقتضي ان النخل صارت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين دون أهل خيبر ولذلك كان لهم بالعمل بعض الثمرة واختلف العلماء في افتتاح خيبر فقال بعضهم افتتحت عنوة لما روى عبد العزيز بن صهيب عن أنس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غزا خيبر فأصبناها عنوة وقال آخرون افتتحها بعضها عنوة وبعضها صلحا وهو الذي رواه مالك عن ابن شهاب والكتيبة أكثرها عنوة وفيها صلح قال مالك والكتيبة من أرض خيبر أربعون ألف عرق وقال موسى بن عقبة كان مما أفاء الله على المسلمين من خيبر نصفها فكان النصف لله ولرسوله والنصف الآخر للمسلمين فكان النصف الذي لله ولرسوله الكتيبة والوطيح والسلالم ووجرة والنصف الذي للمسلمين بطلة والشق وهذا يقتضي ان معنى الصلح انهم تخلوا عن النخل والارض فعلى هذا تقرر ان جميع الارض والنخل لله ولرسوله وللمسلمين (مسئلة) فاما ان كان على وجه الصلح فذلك كله لله ولرسوله قال القاضي أبو اسحق قال وكان سبيل ذلك سبيل النضير وما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم بفدك وما كان من خيبر بقتال وقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم بين من حضرها من المسلمين وبين من غاب عنها من أهل الحديبية خاصة لان الله تعالى وعدهم بها يريد قوله تعالى وعدكم الله مغانم كثيرة تأخذونها فعجل لكم هذه (مسئلة) وظاهر قوله أقركم على ما أقركم الله يقتضي ان ذلك كان عند المساقاة ولعله كان بعد وصف العمل والاتفاق منه على معلوم بعبارة أو غيرها وقد ذهب الى جواز المساقاة مالك والشافعي وجمهور الفقهاء ومنع جوازها أبو حنيفة والدليل على مانقوله ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر ليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها ومن جهة القياس ان التمر نوع مال يزكو بالعمل لا يجوز أن يكون لمنفعته المقصودة فجازت المعاملة عليه ببعضها (مسئلة) وهذا اللفظ لا يتناول العقد على مدة يلزم العقد في جميعها وانما يلزم في مقدار منها فاما المساقاة فانها تلزم في عام واحد لانه لا يمكن أن تتبعض وكذلك كلما شرع العامل في عام لزم العقد في ذلك العام وكذلك المتساقيان

بالخيار فيما بعده وقد قال مالك في الرجل يكترى من الرجل داره على شهر بدينار أو كل عام بدينار ان
ان ذلك جائز ولكل واحد منهما في الاجارة أن يتمادى على العمل وان يتركه ما شاء وكذلك المساقاة
لكل واحد منهما تركها ذلك ما لم يشرع العامل في عمل سنته فتلزمه تلك السنة وقال عبد الملك يلزم
أجرة جزء واحد مما جعلاه عملا على حساب الاجرة من شهر أو سنة وجه القول الاول ان العقد لم يقع
على شئ مقرر يلزم فيه وانما هو مبني على ان ما اتفقا عليه لزمهما بالاستيفاء من حساب ما قرراه
ولهما أن يزيدا ما شاآ مما اتفقا على ذلك ومن أراد منهما الترك فذلك له اذ ليس بينهما عقد يلزم أحدهما
وجميع المدة في ذلك على كل واحد فاذا كان الخيار لكل واحد منهما في الشهر الثاني والسنة
الثانية فكذلك الاولى ووجه القول الثاني ان عقد الاجارة عقد لازم وأقل ما يقع عليه العقد
ما ذكره من المدة المقدرة فيجب أن يلزم فيه ويكون الخيار فيما بعده

(فصل) وقوله على ان الثمرة بيننا وبينكم يقتضي المشاركة وليس في هذا اللفظ تحديد جزء العامل
من الثمرة غير ان الظاهر المساواة ولعله قد تبين ذلك لهم فنقله الراوي على هذا اللفظ لما كان ظاهره
المساواة وقد روى عن ابن عمر انه قال أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر النصف وأبو بكر
وصدرا من خلافة عمر (مسئلة) ويقتضي مع ذلك المساواة في الحوائط كلها وان كان بعضها أفضل من
بعض وقد قال ابن القاسم في العتبية لا بأس أن يساقيه حائطين على النصف جميعا أو على الثلث قال مالك
في الموازية ويجوز أن يكون أحد الحائطين نخلا وفي الآخر أصناف الشجر ويكون بعضها أفضل
من بعض سقيا واحدا وان كان بعضها بعلا وبعضها سقيا فان كان على مساقاة مختلفة فلا خير في ذلك
ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم ساقى خيبر كلها على النصف وفيها الجيد والردئ ومن جهة
المعنى ان عقد المساقاة بمعنى حكم القراض فكما لا يجوز أن يدفع اليه مالين على وجه القراض بعقد
واحد وعلى أجزاء مختلفة لم يجز ذلك في المساقاة ولما جاز أن يدفع اليه جنسين من العين ورقا وذهبا
في عقد واحد على جزء واحد جاز مثله في المساقاة (فرع) فاذا قلنا انه لا يجوز عمل في عقد واحد
على أجزاء مختلفة فان عمل على ذلك رد الى مساقاة مثله وكذلك لو عاقده السنتين بأجزاء مختلفة لم يجز
فان عمل على ذلك جميع السنتين فله مساقاة مثله فيما مضى وفيما بقي ولا يفسخ ما بقي وقاله في الموازية
ووجه ذلك انه انما يلزمه مساقاة جميع السنتين لانه انما أخذ بعضها بسبب بعض فقد ينفق في أول
عام ليستغل أعواما فاذا لزمه بعض الأعوام لزمه جميعها (مسئلة) وان كان في عقود مختلفة على
أجزاء مختلفة جاز ذلك قاله في الموازية ولا يجوز مثل هذا في القراض لان عقد القراض عقد جائز
وعقد المساقاة عقد لازم فاذا عقد معه في حائط على النصف ثم عقد معه في حائط آخر على الثلث لم
يتعلق أحد العقدين بالآخر فجاز ذلك

(فصل) وقوله فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث ابن رواحة للخرص ظاهر اللفظ
يقتضي تكرر خرصه لهم وقال الشيخ أبو اسحاق في زاهيه خرص عليهم عاما ثم قتل بمؤتة فقدم غيره
ويحتمل أن يريد بخرص أموال المساقاة لما يجب فيها من الزكاة لان مصرف الزكاة في غير مصرف
غلة أرض العنوة ونخلها لان الزكاة لا تصرف الا الى الأصناف التي ذكر الله تعالى في كتابه في
قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية وأما غلة أرض العنوة فان الامام يعطيها من
يستحقها من الأغنياء والفقراء ولذلك كان يخرصها ليميز حق الزكاة من غيرها وقد قال ابن مزين
سألت عيسى عن فعل ابن رواحة اذا كان يخرص تمر خيبر الذى أقره النبي صلى الله عليه وسلم

بأيدى اليهود مساقاة ثم يقول لهم ان شئتم فلكم وان شئتم فلى فكانوا يأخذون أيجوز ذلك للساقيين والشريكين فقال لا يعمل بذلك ولا يصلح اقتسامه الا كيلا الا أن تختلف حاجتهما اليه فيقتسمانه بالخرص وهذا الذى قاله عيسى حمله عليه انه تأول الخرص للقسمة خاصة وادا كان الخرص للزكاة لزم اخراجها من جميع ثمر الحائط ان كان العامل ذميا أو عبدا لان الزكاة انما تعتبر بحال مالك الأصل فان كان صاحب الأصل مسلما حرا فالزكاة فى جميعه وان كان صاحبه عبدا أو ذميا فلا زكاة فى شئ منه لان العامل انما يملك حصته من الثمرة بالقسمة والزكاة تجب فيها قبل ذلك ببدو الصلاح وقد تقدم ذكره (مسئلة) ويحتمل أن يكون الخرص للقسمة لانه قد علم اختلاف حاجتهما اليه لان اليهود كانوا يريدون أن يأكلوه رطبا والصحابة لا يمكنهم ذلك ولا يحتاجون اليه الا تمرا وقد قال مالك فى الشركاء فى الحائط تختلف حاجتهم الى الثمرة فبعضهم يريد البيع وبعضهم يريد أكله رطبا وبعضهم يريد أكله تمرا ان ذلك يبيح قسمته بينهم بالخرص وان اتفقت حاجتهم فان أراد جميعهم البيع أو أكله رطبا أو تمرا لم يقسم بينهم بالخرص وقد تقدم ذكره فى القسمة

(فصل). وقول ابن رواحة ان شئتم فلكم وان شئتم فلى حمله عيسى على أنه كان يسلم اليهم جميع الثمرة بعد الخارص ليضمنوا حصة المسلمين من الثمرة ولو كان هذا لم يجز لانه بيع الثمرة بالثمرة بالخرص فى غير العرية وانما يجوز مثل هذا فى الزكاة أن يخرص عليهم ثم يكون عليهم من الثمر ما أوجبه الخارص عليهم على سنة الزكاة فى أموال المسلمين لان أصل الحوائط لهم فاذا حملناه على هذا الوجه فعنى قوله ان شئتم فلكم وان شئتم فلى على سبيل التحقيق لصحة خرصه فيقول لهم ان شئتم أن تأخذوا الثمرة على أن تؤدوا زكاة ما خرصته عليكم والا فأنا أشتريها من الفئ بمثل ما يشترى به فيخرج هذا الخرص الذى خرصه وذلك معروف لمعرفتهم بسعر التمر فكانوا يأخذونه لتحققهم صحة قوله وان قلنا ان المراد به خرص الثمرة لا قسمة لاختلاف الحاجة فعنى قوله ان شئتم فلكم هذا النصف وان شئتم فلى ولكم هذا الآخر على معنى التخيير لهم فى النصفين ليأخذوا أيهما شاؤا لتحققه التساوى فى ذلك فكانوا يأخذون الذى يسرهم ويخصهم به اما لان ذلك أنفع لهم وأقرب لمساكنهم أو أبعد من الدخول فيه عليهم أو لمعنى من المعانى أو لانهم فرحوا به وسألوه اياه بين ذلك ان وقت طيب النخل أو بعد ذلك ما دامت فى رؤس النخل ليس بوقت قسمة ثمرة المساقاة لان على العامل أخذها والقيام عليها حتى يجرى الصاع أو الوزن سبب ذلك ان الخرص قبل ذلك لم يكن للقسمة الا بمعنى اختلاف الأغراض والحاجات على ما تقدم

(فصل) والظاهر فى قوله لجماعتهم ان شئتم فلكم وان شئتم فلى ان كان على وجه المساقاة لاختلاف الأغراض والحاجات يقتضى انه ساقى جميعهم جملة واحدة فى جملة الحوائط ولم يخص كل انسان منهم بحائط أو حوائط ولذلك قال مالك قد ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر على مساقاة واحدة على النصف وفيها الجيد والدنىء ولا تعلق له فى هذا الا أن يكون عقد على جميعها عقدا واحدا وان كان فى غالب الحال يختلف ما عوقدوا عليه لاختلاف الحوائط مع جواز المساقاة على أكثر من النصف وأقل ولا اختلاف انه يجوز لصاحب الحائط أن يساقى فيه جماعة

(فصل) وقوله فى حديث ابن يسار كان يبعث ابن رواحة ليخرص بينه وبين يهود أضاف الخرص اليه لتصرفه فيه ويحتمل أن يكون ذلك فيما يخصه لنفقة عياله وانفاذه ليخرص على ما تقدم غير أن لفظة كان تقتضى التكرار وانه تكرر انفاذه اليهم لهذا المعنى لدينه وأمانته ومعرفته بهذا

الشان ولعله كان عالما بثمر تلك الجهة وما ينقص بالجفوف

(فصل) وقوله فجعلوا له حليا وقالوا هذا لك وخفف عنا أرادوا بذلك التخفيف من الحق الذي يجب في الخرص ولا يجوز فعله لما فيه من الحيف على المسلمين وأما التخفيف اليسير فان كان بمعنى المقاسمة فلا يجوز فيه الا المساواة وان كان بمعنى الزكاة فقد تقدم ذكره في باب الزكاة

(فصل) وقوله يا معشر يهود انكم لمن أبغض خلق الله الي يريد لكفرهم واظهارهم العداوة والمخالفة للنبي صلى الله عليه وسلم وللمسلمين وقد أنبأ الله تعالى بذلك فقال لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا ثم قال وما ذلك بحاملي على الحيف عليكم ييئسهم بذلك من حيفه على المسلمين مع محبته فيهم وسعيه لهم

(فصل) قوله وأما ما عرضتم من الرشوة فانه سحت يريد حرام وقد وصف الله اليهود بأكلها فقال سماعون للكذب أكالون للسحت وقال تعالى يا أيها الذين آمنوا ان كثيرا من الأحبار والرهبان ليأكلون أموال الناس بالباطل ويصدون عن سبيل الله فراموا أن يستنزلوا ابن رواحة لما علموا من ورعه وأمانته وحرصوا أن يدخلوه فيما يتلبسون به من أخذ الرشوة وأكل السحت قال الله عز وجل ودّ كثير من أهل الكتاب لو يردّونكم من بعد ايمانكم كفارا حسدا من عند أنفسهم من بعد ما تبين لهم الحق وقال ودّوا لو تكفرون كما كفروا فتكونون سواء فعصمه الله ورد ذلك عليهم ولم يعاقبهم امتثالا لقول الله تعالى فاعفوا واصفحوا حتى يأتي الله بأمره

(فصل) وقولهم بهذا قامت السموات والأرض يحتمل أن يريدوا به الاقرار بالحق والرجوع الى الاعتراف به اما لتعجيل الخزي لهم في الدنيا أو ليتخلصوا به مما ظنوا انه يحل بهم من العقوبة اذا أروه الرجوع الى قوله والرضا بفعله ص ﴿ قال مالك اذا ساقى الرجل النخل وفيها البياض فما ازدرع الرجل الداخل في البياض فهو له قال وان اشترط صاحب الأرض أنه يزرع في البياض لنفسه فذلك لا يصلح لان الرجل الداخل في المال يسقي لرب الأرض فذلك زيادة ازدادها عليه قال وان اشترط الزرع بينهما فلا بأس بذلك اذا كانت المؤنة كلها على الداخل في المال البذر والسقي والعلاج كله فان اشترط الداخل في المال على رب المال أن البذر عليك كان ذلك غير جائز لانه قد اشترط على رب المال زيادة ازدادها عليه وانما تكون المساقاة على أن الداخل في المال المؤنة كلها والنفقة ولا يكون على رب المال منها شئ فهذا وجه المساقاة المعروف ﴾ ش وهذا على ما قال وذلك انه لا يخلو أن يسكت عن البياض في عقد المساقاة أو يشترط أحد المتعاقدين فان سكت عنه فقد قال ابن الجلاب في تفريعه هو لصاحبه يفعل فيه ما شاء من زراعة واجارة أو ترك وقال محمد وابن حبيب ان تشاحا عند الزراعة فذلك للعامل وجه القول الأول وهو مقتضى رواية ابن نافع عن مالك الحديث المتقدم أقركم ما أقركم الله على أن الثمرة بيننا وبينكم فوجه الدليل من هذا انه شرط لنفسه وللمسلمين نصف الثمرة وذلك وقت الاشتراط واستيفاء الجفوف وتبينها فظاهر ذلك ان جميع ما يكون له ووجه آخر وهو ان الأرض بين العاملين وانما يكون للنبي صلى الله عليه وسلم وللمسلمين ما تناوله اشتراطه وهو نصف الثمرة دون سائر ما بأيديهم ولذلك انفردوا بمساكنها ومسارحها وغير ذلك وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أعطى خيبر ليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها على ما يعمل فيها من الأشجار يحتمل أن يكون في عقدين أو على مكانين أو زمانين ويحتمل أن يعود الضمير فيما يخرج منها على ما يعمل فيها من الأشجار فيكون بمعنى ما قد ساقه في الحديث الأول

قال مالك اذا ساقى الرجل النخل وفيها البياض فما ازدرع الرجل الداخل في البياض فهو له قال وان اشترط صاحب الأرض انه يزرع في البياض لنفسه فذلك لا يصلح لأن الرجل الداخل في المال يسقي لرب الارض فذلك زيادة ازدادها عليه قال وان اشترط الزرع بينهما فلا بأس بذلك اذا كانت المؤنة كلها على الداخل في المال البذر والسقي والعلاج كله فان اشترط الداخل في المال على رب المال ان البذر عليك كان ذلك غير جائز لأنه قد اشترط على رب المال زيادة ازدادها عليه وانما تكون المساقاة على أن الداخل في المال المؤنة كلها والنفقة ولا يكون على رب المال منها شئ فهذا وجه المساقاة المعروف

(مسئلة) وان كان سكت عن ذلك حتى زرعها العامل لنفسه فقد قال محمد وابن حبيب مازرع العامل فهوله وفى كتاب ابن سحنون عن ابن نافع عن مالك عليه كراء الأرض لصاحب الحائط وجه القول الاول ماقدمناه من ان لفظ المساقاة انما يختص بالثمار وما كان من الارض على وجه التبع فهو للعامل كالمراح والمسكن وغير ذلك ووجه القول الثانى انه مقصود بالحرث والعمل فوجب أن لا يختص بالعامل كالثمرة (مسئلة) وأما الشرط فان فضل ذلك ملغى للعامل قاله مالك فى المدونة والموازية وغيرهما ووجه ذلك ماقدمناه من ان اسم المساقاة يختص بالثمر وماله أصل ثابت وفرع ظاهر حين المساقاة وأما الارض البيضاء فعلى وجه ارتفاق العامل مابين الاصول من البياض (مسئلة) فان شرطا أن يكون بينهما على أن يكون البذر والعمل من عند العامل فقد قال مالك فى المدونة وغيرها ذلك جائز قال ابن القاسم وذلك أن السنة جاءت فى خيبر ان النبى صلى الله عليه وسلم عاملهم فى البياض والسواد على النصف (مسئلة) وان شرطا أن يكون بينهما والبذر من عندهما ففى المدونة لا يجوز ذلك وكذلك ان كان البذر كله من عند صاحب الارض ففى الموازية لا يجوز ووجه ذلك أن العمل والمنفعة كلها على العامل لا يجوز أن يكون شئ من ذلك على صاحب الارض والبذر والعمل من ذلك فلا يجوز أن يكون شئ منه عليه كما لا يجوز أن يكون له جميع الزرع لما فى ذلك من اشتراطه على العامل زيادة ينفرد بها ولو كان البياض تبعا فاشترط العامل ثلاثة أرباعه فقد أبى ذلك ابن القاسم وكرهه أصبغ مرة ثم أجازه وجه القول الاول انه لما اشترط بعضه كان ذلك زيادة فى المساقاة ازدادها العامل ولم يكن على وجه الالغاء لأن الالغاء انما يكون فى جميعه ووجه القول الثانى انه اشترط أرضا هى تبع المساقاة فجاز ذلك كما لو اشترطاه جميعا والتوجيهان لأصبغ من رواية محمد (فرع) وسواء كان البياض بين أثناء السواد أو منفردا عن الشجر فى ذلك الحائط قاله محمد ووجه ذلك أنه تبع لملك صاحب الاصل (فرع) ولو استثنى العامل البياض فيما يجوز زرعه ثم أجيحت الثمرة ففى العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك عليه كراء الارض البياض وقال سحنون جيد لأنه لم يعط اياه الا بعمل السواد فاذا ذهب السواد كان له أن يرجع بالكراء قال على بن زياد عن مالك وكذلك لو عجز الداخل عن العمل عليه كراء مثله فى البياض (فرع) وان كانت المساقاة فى زرع وفى وسطه أرض بيضاء فاشترطها العامل لنفسه قال ابن القاسم لا بأس بذلك كالنخل وهذا اذا كانت يسيرة تبعا لأرض الزرع قال محمد وحكمه حكم بياض النخل وأحب الينا أن يلغى للداخل (مسئلة) واذا ساقاه زرعا فيه شجر تبعا للزرع ففى الموازية عن ابن القاسم انه بخلاف البياض بين النخل وكراء الارض فلا يجوز الا على سقاء واحد لا للعامل كمشترى الدار فيها نخل يشترط ثمرتها ولا يجوز أن يكون بينهما ولا يكون لصاحب الارض اذا كان العامل يسقى ذلك قاله محمد وجه القول الاول انه مما يجوز فيه المساقاة فلا يخلو أن يلغى كنوع من الشجر ووجه القول الثانى ان هذه أرض يعتبر فيها التبع للنخل فجاز أن يلغى كما لو ابتدأ بذرها وزراعتها قال ابن المواز ولم أجد أحدا اختار هذا القول وقول ابن القاسم هو المعروف

ص ✱ قال مالك فى العين تكون بين الرجلين فينقطع ماؤها فيريد أحدهما أن يعمل فى العين ويقول الآخر لا أجد ما أعمل به انه يقال للذى يريد أن يعمل فى العين اعمل وأنفق ويكون لك الماء كله تسقى به حتى يأتى صاحبك بنصف ما أنفقت فاذا جاء بنصف ما أنفقت أخذ حصته من الماء وانما أعطى الاول الماء كله لأنه أنفق ولو لم يدرك شيأ بعمله لم يعلق الآخر من النفقة شئ ✱ ش روى

✱ قال مالك فى العين تكون بين الرجلين فينقطع ماؤها فيريد أحدهما أن يعمل فى العين ويقول الآخر لا أجد ما أعمل به انه يقال للذى يريد أن يعمل فى العين اعمل وأنفق ويكون لك الماء كله تسقى به حتى يأتى صاحبك بنصف ما أنفقت فاذا جاء بنصف ما أنفقت أخذ حصته من الماء وانما أعطى الأول الماء كله لأنه أنفق ولو لم يدرك شيأ بعمله لم يعلق الآخر من النفقة شئ

سحنون عن ابن القاسم فى تفسير قول مالك فى الماء يكون بين الرجلين فيغور أن كل أرض مشتركة لم يقسم أصلها من نخل أو أصول أو أرض فيها زرع زرعوه جميعا فانهدمت البئر فانه يقال لصاحبه اعمل مع صاحبك أو بع حصتك من الاصل والماء أو قاسمه الاصل نخذ حصتك ويأخذ حصته فمن أحب أن يعمل عمل ومن أحب أن يترك ترك ومن عمل منهما كان له الماء كله حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة فيرجع على حقه من الماء وان كان بينهما زرع أو شجر مثمر فى أرض لهما فان الآبى يجبر على عمل حصته أو يبيعها من يعمل معه وأما اذا كانت حصة كل واحد منهما مفردة والماء واحدا فمن أبى منهما العمل فذلك له ويقال للآخر اعمل ولك الماء كله حتى يأتى شريكه بحصته من النفقة وانما ذلك بمنزلة الدار تنهدم فيأبى أحد الشريكين أن يبنى فيقال له ابن مع شريكك أو قاسمه قاله سحنون وابن نافع والمخزومى يقولان انما ذلك فى بئر ليس عليها ما يجنى لا زرع ولا نخل ولا غيره فأما ما كان بئرا أو عينا عليهما ما يجنى فان أبى العمل يجبر على أن يعمل مع شريكه أو يبيع ممن يعمل معه كالسفل لرجل والعلو لآخر فينهدم ذلك فان صاحب السفل يجبر على أن يعمل معه فان أبى بيع عليه وقال عيسى فى العتبية يقال للآبى اما أن تعمل واما أن تبيع ممن يعمل معه ويجبر على ذلك قال وكذلك قال مالك فيجىء على قول ابن القاسم ان ذلك على ثلاثة أضرب اذا كان ما يسقى بالبئر أو العين مقسوما فمن شاء منهما أن يبنى بنى ومن شاء أن يترك ترك وقاسه على الشريكين فى الدار تنهدم وقاسه ابن نافع والمخزومى على صاحب السفل والعلو وهو أظهر لأن شريكه فى العين لا يقدر على الانتفاع به لقسمة الاصل كما لا يقدر صاحب العلو على بنيان علوه الابعد ان يبنى صاحب السفل وصاحب الدار يقدر بعد المقاسمة على بنيان حصته من القاعة والضرب الثانى أن يكون مشاعا يقدر على مقاسمته فانه يؤمر الآبى أن يعمل مع صاحبه أو يقاسمه فيعود الى حكم الضرب الاول والضرب الثالث أن يكون الذى يسقيان مما لا يصلح قسمته كثمرة نخلها أو زرع أرضها فهو الذى يجبر عند ابن القاسم على العمل مع شريكه أو على أن يبيع ممن يعمل معه فراعى فى هذا بقاء الشركة بينهما واذا روعى حق الطالب الذى يرد العمل فان المضرة تلحقه اذا انفرد زرعه وثمرته كما تلحقه حال الاشتراك فيجب أن يكون الحكم فى ذلك سواء على ما رواه عيسى عن مالك (مسئلة) فان عمل أحدهما دون الآبى فقد قال ابن القاسم فى الثلاثة الاضرب انه يكون بالماء كله حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة وهو قول مالك الا انه اذا أعطاه حصته من النفقة فقد صار منفقا معه وزالت العلة المانعة من ذلك وهو ابايته من النفقة (فرع) فلو كان العامل قد اغتل منها غلة كثيرة قبل أن يرد اليه حصة الآبى مما أنفق فقد روى عيسى فى العتبية انه اختلف فى ذلك فقال محمد بن دينار فى مسئلة الرحا للعامل من ذلك بقدر ما أنفق وما كان له قبل أن ينفق ويكون للآبى بقدر ما كان بقى له من ذلك وهو قول ابن وهب وأما ابن القاسم فقال مرة الغلة كلها للعامل دون الآبى حتى يعطى قيمة ما عمل قال عيسى وبهذا القول رأيت ابن بشير يحكم وبه أخذ ثم قال ابن القاسم بعد ذلك فى مسئلة الرحا يحاصه بما عمل فيما أنفق فاذا استوفى ذلك رجع الآبى فى حظه ولم يكن عليه شئ وجه قول ابن دينار ان مقدار ما كان بقى من منافع الرحا من هندوآله لأصبغ فيه فمن اختار العمل فعليه باقيه للآبى وما زاد على ذلك فان للعامل غلته مع حصته مما بقى ووجه قول ابن القاسم الأول وهو الذى اختاره عيسى أن حصة الآبى لم يكن ينتفع بها ولا غلة لها الا بما عمله العامل فكانت غلة ذلك كله للعامل حتى يعطيه الآبى حصته من النفقة كرقبة العين ووجه القول الثانى لابن القاسم ان الرحا

والعين باقيان على ملك الآبى حصته منها يجب أن تكون له بذلك القدر من غلتها وانما كان ما أنفقه العامل فى ذلك اذا قلنا بقول محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار فان الذى يرد سلفا لا يتعلق بذمة وانما يتعلق بعين لا يتأتى فيه فاذا عاد اليه سلفه رجع الآبى الى استيفائه (فرع) فاذا قلنا بقول محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار فان الذى يرد الآبى الى العامل ما ينوبه من قيمة العمل يوم يدخل معه لا يوم عمله ولا ما ينوبه من النفقة التى أنفق الا أن يكون ذلك بحدثانه قاله عيسى ووجه ذلك انه لما كان الانفاق له فان للآبى الرجوع لانه من ذلك اليوم تكون له رقبته وغلته وأما قبل ذلك فان رقبته وغلته للعامل كانتا فكان له الزيادة وعليه النقص (فرع) واذا قلنا بقول ابن القاسم الثانى فيجب أن يرد ما أنفق فى البنيان على وجه السلف له لان الآبى يحتسب له بغلته من ذلك اليوم فيجب أن تلزمه تلك النفقة ما لم يكن فيها غبن (مسئلة) واذا غار ماء عين المساقى فان ذلك يختلف فان انقطع قبل العمل وقبل أن ينفق شيأ فلا شئ على رب الحائط فان أنفق العامل على سدها فلا شئ له فيما أنفق الا ما للمتعدى من النقص وله حصته من الثمرة وان كان بعد العمل فقد قال ابن المواز ان عبد الملك فسره تفسيرا حسنا فقال يتوخى قدر ما لرب الحائط من الثمرة بعد طرح مؤنته فيها الى وقت بيعها يتكلف أن يعجل ذلك وينفقه فان أعلم قيل للعامل انفق ذلك القدر وتكون حصته من الثمر رهنا بيدك فذلك والا فيسلم الحائط الى ربه ولا شئ لك ولا له عليك (مسئلة) ومن اكترى أرضا سنين ليزرعها فانهارت بئرها أو غار ماؤها فان لم يكن فيها زرع انفسخ الكراء وليس له أن ينفق فيها شيأ قاله ابن حبيب ووجه ذلك ان هذا مانع طرأ عليه قبل العمل فلم يكن على رب الارض اصلاحها لانه لا يتلافى بذلك شيأ وهى للمكترى وأما ان كان له فيها زرع وان الذى يلزم أن ينفق فيها كراء تلك السنة دون سائر السنين يقوم ذلك ان اختلفت قيم السنين أو على السواء ان تساوت فان كان المكترى لم ينقد الكراء أنفق فى اصلاح ذلك كراء تلك السنة وان كان قد نقده فعلى رب الارض أن ينفقه قاله ابن حبيب وقال ابن المواز وان كان قد أفلس قيل للمكترى انفقه سلفا من عندك له وانما لم يكن له أن ينفق أكثر من كراء سنة لان السنة الباقية لم يعمل فيها شيأ فلم يلزم انفاق كرائها وانما يلزم كراء السنة التى قد زرع فيها ليحيى زرعه والله أعلم

(فصل) وقوله وانما أعطى الاول الماء كله لانه أنفق ولم يدرك شيأ بعمله لم يتعلق بالعمل من النفقة شئ يحتمل أن يريد بقوله الماء كله ما استقر بعمله ويحتمل أن يريد به جميع ماء العين ما بقى منه قبل العمل وما زاد بالعمل والاول أولى بالصواب الا أن يكون ما بقى منه لا يوصل الى الانتفاع به لقلته مع أن لفظ الحديث يقتضى انه لم يبق من الماء شئ وذلك أنه قال انقطع ماء العين وهذا انما يعبر به عن ذهاب جميعه وقال ان ما قضى بالماء كله للعامل لانه هو الذى أنفق يريد أن بنفقته عاد الماء مع انفاقه على وجه لو لم يعد الماء بنفقته لانفرد بالخسارة ولم يكن له على الآبى شئ من ذلك وهذا يقتضى انفراده بضمان النفقة والعلة تمنع الضمان فوجب أن يكون أحق بالماء حتى يشاركه الآخر فى ذلك بأن يبذل له حصته من النفقة فيعود الى حصته من الماء الملكه للاصل ص ﴿قال مالك واذا كانت النفقة كلها والمؤنة على رب الحائط ولم يكن على الداخل فى المال شئ الا أنه يعمل بيده انما هو أجير ببعض الثمر فان ذلك لا يصلح لانه لا يدرى كم اجارته اذا لم يسم شيأ يعرفه ويعمل عليه لا يدرى أيقل ذلك أم يكثر * قال مالك وكل مقارض أو مساق فلا ينبغى له أن يستثنى من المال ولا من النخل شيأ دون صاحبه وذلك أنه يصير له أجيرا بذلك يقول أساقيك على أن تعمل لى فى كذا وكذا نخلة تسقيها وتأبرها وأقارضك فى كذا

* قال مالك واذا كانت النفقة كلها والمؤنة على رب الحائط ولم يكن على الداخل فى المال شئ الا أنه يعمل بيده انما هو أجير ببعض الثمر فان ذلك لا يصلح لأنه لا يدرى كم اجارته اذا لم يسم شيأ يعرفه ويعمل عليه لا يدرى أيقل ذلك أم يكثر * قال مالك وكل مقارض أو مساق فلا ينبغى له ان يستثنى من المال ولا من النخل شيأ دون صاحبه وذلك انه يصير له أجيرا بذلك يقول أساقيك على أن تعمل لى فى كذا وكذا نخلة تسقيها وتأبرها واقارضك فى كذا

وكذا من المال على أن تعمل لى بعشرة دنانير ليست مما أقارضك عليه فان ذلك لا ينبغى ولا يصلح وذلك الأمر عندنا ﴾ ش قوله انما قال لا يصلح أن تكون النفقة والمؤنة على رب الحائط لان العامل يكون أجيرا لان المكافأة انما هى من جنبة العامل بعمل مخصوص وهو ما يتعلق بنماء الثمرة و يبقى له فى الاصل بعد جد الثمرة عين ثابتة لينتفع بها وكل بقعة فى الحائط فان ذلك يؤدى لان نفقته على الدواب والرقيق نوع من الاجارة على عملهم فى الحائط فاذا اشترط شئ من ذلك على رب الحائط فقد شرط عليه عمل ولا يصح ذلك فى المساقاة كما لا يصح فى القراض لان القراض أصل للمساقاة وقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله لا يصلح ذلك فانه لا يدرى كم اجارته معناه انه اذا خرج عن شبه المساقاة ثبت له حكم الاجارة التى يصح أن يكون منها جميع العمل على العامل و بعضه و يشترط عليه جميع الانفاق أو بعضه لكنه لا يصح الا بالاجارة المعلومة المقدرة والمساقاة انما تنعقد بجزء مذكور أو بجميع الثمرة وهو قدر مجهول ولا يجوز أن ينعقد على أوسق مقدرة ولا خلاف فى ذلك نعلمه فما أفسد الاجارة من ذلك صحح المساقاة وما صحح المساقاة أفسد الاجارة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان سنة المساقاة أن يكون على العامل جميع العمل و جميع المؤنة والنفقة والاجراء والدواب والدلاء والحبال والآلات من حديد وغيره لا أن يكون شئ من ذلك فى الحائط يوم السقاء فيستعين به العامل وان لم يشترطه قاله فى الواضحة ووجه ذلك ما قدمناه من مآل هذه المعانى كلها الى العمل وهو مما يختص بالعامل

(مسئلة) اذا ثبت ذلك فان العمل يكون معلوما فما كان له عرف قام مقام الوصف وما لم يكن له عرف فلا بد من وصفه من عدد الحرث والسقى وسائر العمل فان قصر عما شرط عليه ففى العتبية عن سحنون فمن ساقى حائطه على أن يحرثه ثلاث حرثات فيحرثه حرثتين قال ينظر جميع العمل المشروط عليه من حرث وسقى وقطع وجنى فينظر ما عمل هو مما ترك فان كان ترك الثلث حط ثلث نصيبه ووجه ذلك أن نصيبه من الثمرة فى مقابلة جميع العمل فاذا ترك بعضه حط من العوض بقدر ما ترك منه (مسئلة) ولو كان ما ترك من العمل قد وجد له بدل من فعل الله تعالى مثل أن يترك بعض السقى فيغنى عن ذلك المطر ففى العتبية والموازية عن مالك انه لا يحاسبه رب الحائط بذلك ووجه ذلك أنه انما دخل على أن يسقى الحائط ما احتاج من السقى ولا يقدر ذلك بعدد وانما هو بحسب الحاجة واذا سقاه المطر أو السيل لم يحتج الى سقى آخر (فرع) اذا ثبت ذلك فان الاجراء على ضربين اجراء استأنف العامل استئجارهم واجراء كانوا فى الحائط يوم المساقاة فاما من استأنف العامل استئجارهم فان أجرتهم على العامل وأما من كان فيه يوم المساقاة فان أجرتهم على رب الحائط لا يجوز اشتراط أجرتهم على العامل بخلاف نفقتهم وكسوتهم على العامل قاله فى الواضحة

(مسئلة) وعلى العامل رم قصبة البئر وحباله وقواديسه ومؤنة الماء والحديد لعمله فاذا انقضى عمله كان ذلك له رواه ابن المواز ووجه ذلك ان هذه معان تتكرر وكذلك ما يعمل به من الحديد فانه يتكرر اصلاحه وهو من الآلات الموصوفة فى العمل وكانت من الذى يلزم العامل وما كان عملا ثابتا كالبناء الذى يبقى وانما يعمل مرة لخراب طرأ عليه أو لاستئناف عمل فذلك من الأصول الثابتة فهى على رب الحائط (مسئلة) وعلى العامل فى الثمر جداده بعد أن يتمر و فى التين والكرم قطافه وتيبيسه فى مساقاة الزرع قال ابن القاسم فى المدونة حصاد الزرع ودرسه على العامل قال ابن سحنون فى العتبية على العامل تهذيبه وذلك ان هذا كله من العمل الذى يلزم فيه قبل أن ينتهى الى حال استقامه والصفة التى يدخر عليها فيجب أن يكون ذلك على العامل وأما الزيتون فقد قال سحنون عن ابن القاسم على العامل عصره اذا كان ذلك غالب عمل ذلك البلد قال سحنون ومنتهى عمله

وكذا من المال على أن تعمل لى بعشرة دنانير ليست مما أقارضك عليه فان ذلك لا ينبغى ولا يصلح وذلك الأمر عندنا

قال مالك والسنة فى المساقاة التى يجوز لرب الحائط أن يشترطها على المساقى شد الحظار وخم العين وسرو الشرب وابار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هذا وأشباهه على أن للمساقى شطر الثمر أو أقل من ذلك أو أكثر اذا تراضيا عليه غير أن صاحب الأصل لا يشترط ابتداء عمل جديد يحدثه فيها من بئر يحتفرها أو عين يرفع رأسها أو غراس يغرسه فيها يأتى بأصل ذلك من عنده أو ضفيرة يبنيها تعظم فيها نفقته وانما ذلك بمنزلة أن يقول رب الحائط لرجل من الناس ابن لى هاهنا بيتا أو احفر لى بئرا أو اجر لى عينا أو اعمل لى عملا بنصف ثمر حائطى هذا قبل أن يطيب ثمر الحائط و يحل بيعه فهذا بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها * قال مالك فأما اذا طاب الثمر و بدا صلاحه وحل بيعه ثم قال رجل لرجل اعمل لى بعض هذه الأعمال لعمل يسميه له بنصف ثمر حائطى هذا فلا بأس بذلك انما استأجره بشئ معروف معلوم قد رآه ورضيه فأما المساقاة فانه ان لم يكن للحائط ثمر أو قل ثمره أو فسد فليس له الا ذلك وان الأجير لا يستأجر الا بشئ مسمى لا يجوز الاجارة الا بذلك وانما الاجارة بيع من البيوع انما يشترى منه عمله ولا يصلح ذلك اذا دخله الغرر لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر

فيه جنبه وفى كتاب ابن المواز ان لم يشترط على أحد فهو بينهما وجه قول سحنون ان جناه صبره على صفة تمكن قسمته و يدخر غالبا ص * قال مالك والسنة فى المساقاة التى يجوز لرب الحائط أن يشترطها على المساقى شد الحظار وخم العين وسرو الشرب وابار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هذا وأشباهه على أن للمساقى شطر الثمر أو أقل من ذلك أو أكثر اذا تراضيا عليه غير أن صاحب الأصل لا يشترط ابتداء عمل جديد يحدثه فيها من بئر يحتفرها أو عين يرفع رأسها أو غراس يغرسه فيها يأتى بأصل ذلك من عنده أو ضفيرة يبنيها تعظم فيها نفقته وانما ذلك بمنزلة أن يقول رب الحائط لرجل من الناس ابن لى ههنا بيتا أو احفر لى بئرا أو اجر لى عينا أو اعمل لى عملا بنصف ثمر حائطى هذا قبل أن يطيب ثمر الحائط و يحل بيعه فهذا بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها * قال مالك فأما اذا طاب الثمر و بدا صلاحه وحل بيعه ثم قال رجل لرجل اعمل لى بعض هذه الأعمال لعمل يسميه له بنصف ثمر حائطى هذا فلا بأس بذلك انما استأجره بشئ معروف معلوم قد رآه ورضيه فأما المساقاة فانه ان لم يكن للحائط ثمر أو قل ثمره أو فسد فليس له الا ذلك وأن الأجير لا يستأجر الا بشئ مسمى لا تجوز الاجارة الا بذلك وانما الاجارة بيع من البيوع انما يشترى منه عمله ولا يصلح ذلك اذا دخله الغرر لان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر * ش قوله مما يجوز اشتراطه على العامل شد الحظار والحظار هو ما يحظر به على الحظيرة وهو الحائط وغيره وهو الذى يسمى الزرب فاذا انثلم منه جاز أن يشترط على العامل سد ذلك الثلم و يروى سد الحظار ومعناه أن يسترخى رباطه فيشترط على العامل شده وخم العين تنقيتها قال ابن حبيب وهو كنسها وسرو الشرب هو الكنس والشرب الحوض حول النخلة والشجرة ليبقى فيه الماء بعد السقى قال زهير

يخرجن من شربات ماؤها طحل * على الجزوع يخفن الغم والغرقا

وهذا كله من العمل الذى ينمى الثمرة و يوصل الى صلاحها وقد روى فى سرو الشرب سوق الشرب وهو جلب الماء الذى يسقى به من مستقره الى الأصل الذى يسقى به قال ابن حبيب سرو الشرب تنقية الحياض التى تكون حول الشجر وتحصين حروفها ومجىء الماء اليها وزم القف وهو الحوض الذى يفرغ فيه الدلو و يجرى منه الى الظفيرة وقد قال ابن حبيب ان سرو الشرب على العامل وان لم يشترط عليه وأما خم العين و زم القف فانه يجوز أن يشترط عليه وان لم يشترط عليه فهو على رب الحائط (مسئلة) واستحب مالك من رواية أشهب عنه أن يشترط على العامل اصلاح القف قال فى العتبية حرف القف واصلاح كف الزرنوق قيمته الدريهمات أو الدينار وهو على رب الحائط ان لم يشترط وروى عنه أشهب أيضا انه لا يشترط مع العامل اصلاح كسر الزرنوق ووجه ذلك أن يحتاج الى صلة لها قيمة وثمن كبير (مسئلة) و يجوز أن يشترط على العامل عصر الزيتون رواه عيسى عن ابن القاسم وفى كتاب محمد عصر الزيتون على شرطهما وروى ابن القاسم عن مالك فى المدونة مثل ذلك وفسره ابن القاسم بانه ان شرط على العامل فذلك جائز وان شرط أن يقاسمه الزيتون جاز ولا يجوز أن يشترط على صاحب الحائط عصر حصة العامل وانما جاز ذلك على العامل لانه منتهى كالجداد لان

معظم مايدخر بعد العصر (مسئلة) ولابأس أن يشترط على العامل الزكاة لانه جزء معلوم قاله مالك فى العتبية والموازية وقال الشيخ أبو اسحق وقد اختلف فى اشتراط رب الحائط الزكاة على العامل فى حصته فاجيز وكره واجازته أحب الى" قال مالك فى المدونه والعتبية والموازية ولايشترط ذلك على صاحب الحائط وقال محمد ذلك جائز وحكاه أبو القاسم بن الجلاب وعن المذهب جوازه بلغ الحائط الزكاة أو لم يبلغ وقال ابن القاسم فى المدونة قال لى مالك يجوز اشتراطه على العامل وهذا عندى مثله وجه جواز ذلك فى الوجهين ما استدل به فى جواز ذلك فى اشتراطه على العامل انه اذا اشترطه على العامل فقد شرط لنفسه خمسة أجزاء وللعامل أربعة أجزاء وكذلك اذا اشترطه على صاحب الحائط والفرق بينهما على قوله يجوز اشتراطه على العامل ومنع اشتراطه على رب الحائط
(فرع) فان شرطه على العامل ولم يبلغ ثمر الحائط الزكاة فلرب المال من حصة العامل الزكاة عند الجميع أو نصف عشره وقال ابن عبدوس يقتسمان الثمرة على تسعة أجزاء للعامل منها أربعة ولصاحب الحائط خمسة وقال سحنون يقسم الثمرة عشرة أقسام للعامل أربعة ولصاحب الحائط خمسة ثم يقتسمان الجزء الثانى بينهما بنصفين (مسئلة) ولايجوز لصاحب الحائط أن يشترط على العامل حمل نصيبه الى منزله ولا خير فيه ولو كان من القرب على ميل الا أن يكون شئ ليس عليه مؤنة رواه عيسى عن ابن القاسم وقاله أصبغ ووجه ذلك انه اشترط زيادة على العامل بعد القسمة فلم يجز ذلك كما لو شرط عليه مالا (مسئلة) وأما إبار النخل قال ابن حبيب وغيره هو تذكيرها ففى المدونة قال ابن القاسم التلقيح على العامل وان لم يشترط عليه لان مالكا قال جميع عمل الحائط على العامل وكذلك الجداد
(فصل) وقوله على أن للعامل شطر الثمر أو أقل أو أكثر اذا تراضيا عليه يريد ان المساقاة جائزة على أى جزء اتفقا عليه وعلى ان يكون للعامل جميع الثمرة لانه أكثر من النصف وقد رواه ابن القاسم عن مالك فى المدونة ووجه ذلك بناء على تجويز القراض على جميع الربح للعامل
(فصل) وقوله غير انه لايشترط على صاحب الاصل ابتداء عمل جديد من بئر يحفرها أو عين يرفع رأسها يريد أن تكون العين لانخفاضها لايصل ماؤها حيث يريد فيبنى حوالها بنيانا يرفعه فيصل من أعلى ذلك البنيان الى حيث يريده قال أو غراس يغرسه يأتى به من عنده معناه أن يشترط على العامل غرسا يأتى به من عنده ويغرسه فى أرضه وحائطه فان ذلك لايجوز ورواه ابن المواز عن مالك قال محمد ان كان يسيرا أجزت المساقاة وأبطلت الشرط وان كان كثيرا لم يجز قال مالك ولو شرط العمل عليه فى ذلك فقط ويكون أصل الغرس من عند صاحب الحائط فان كان يسيرا لاتعظم فيه النفقة فجائز وان كان كثيرا لم يجز (فرع) فاذا وقع ذلك على الوجه الذى لايجوز فقد روى ابن المواز عن مالك انه أجيز له أجرة مثله قال عيسى ان كان العمل الكثير من العمل دون الأصل رد الى مساقاة مثله ولو أتى العامل بالودى لرد الى أجرة مثله ويعطى قيمة غرسه مقلوعا كما لو جاء به
(فصل) وقوله أو ظفيرة يبنيها يعظم فيها النفقة الظفيرة محبس الماء كالصهريج وانما شرط عليهم النفقة فيها لانه ان لم يكن له فيها الا اصلاح يسير بجبر بعض حروفها جاز اشتراط ذلك على العامل والمساقاة بينه على ان ما كان من العمل مما تحتاج اليه الثمرة ويبقى بعد الجداد مما يلزم رب الحائط فانه يجوز اشتراط يسيره على العامل ولايجوز اشتراط كثيره وهو متفق عليه فان كان مما لاتحتاج اليه الثمرة فهو أيضا على قسمين قسم فيه مجرد العمل وقسم يأتى العمل بعينه فاما مجرد العمل فقد جوز مالك وأصحابه يسيره وأما الاتيان بالمنع فمنع منه مالك وجوزه ابن المواز
(فصل) وقوله وانما ذلك بمنزلة أن يقول لاجنبى احفر لى بئرا أو احفر لى عينا بنصف ثمرة حائطى

قبل أن يبدو صلاحها وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها معناه ان عمل المساقاة مختص بالثمرة على وجه لا يبقى بعد تمام المساقاة وانما يكون اجارة بثمر لم يبد صلاحه ولا يجوز ذلك لانه بيع له قبل بدو صلاحه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه قبل بدو صلاحه

(فصل) وقوله ولو كان ذلك بعد أن بدا صلاحه وحل بيعه فقال له اعمل لى بعض هذه الاعمال لعمل معروف بنصف هذه الثمرة فلا بأس بذلك لأنها اجارة بشئ معروف يريد انه لو بدا صلاحه لصحت الاجارة به وهذه الاعمال الباقية بعد الثمرة يجوز أن يستأجر عليها بثمرة يجوز بيعها والمساقاة تجوز فى ثمرة لم يبد صلاحها الا أنه لا يجوز فى أعمال تبقى بعد الثمرة لا سيما اذا كانت لها قيمة ويكلف فيها مؤنة ونفقة ص ﴿ قال مالك والسنة فى المساقاة عندنا انها تكون فى كل أصل نخل أو كرم أو زيتون أو تين أو رمان أو فرسك أو ما أشبه ذلك من الاصول جائز لا بأس به على أن لرب المال نصف الثمر من ذلك أو ثلثه أو ربعه أو أكثر من ذلك أو أقل * قال مالك والمساقاة أيضا تجوز فى الزرع اذا خرج واستقل فعجز صاحبه عن سقيه وعمله وعلاجه فالمساقاة فى ذلك أيضا جائزة ﴾ ش قوله السنة عندنا فى المساقاة أنها تكون فى أصل كل نخل أو كرم أو زيتون أو تين أو فرسك يريد الخوخ قال وما أشبه ذلك من الاصول جائز لا بأس به وقال الشافعى لا تجوز المساقاة الا فى النخل والكرم والدليل على ما نقوله ان هذا شجر مثمر له أصل ثابت فجازت المساقاة فيه كالنخل والكرم (مسئلة) واذا كانت الثمار بعلا لا تسقى وانما فيها من العمل الحرث فقد قال ابن القاسم مساقاتها جائزة ووجه ذلك أن الحرث عمل تزكو به الثمار ولا تزكو دونه فجازت المساقاة على عمله كالسقى وقال فى الواضحة تجوز مساقاة شجر البعل وان لم يكن فيها عمل ولا مؤنة لأن لها حراسة وجدادا فجعل المساقاة فيما لا يحتاج الى الحرث وصحح المساقاة بالحراسة والجداد ومثل هذا يوجد فى الزرع (فرع) وتجوز المساقاة فى النخلة والنخلتين قاله مالك فى المدونة قال وكذلك الشجر كله ووجه ذلك أن العقد اذا جاز فى كثير الجنس جاز فى قليله كالاجارة (مسئلة) واختلف فى مساقاة المرسين وهو الريحان يريد الآس فأجازه ابن وهب قاله أصبغ ومنعه ابن القاسم ثم أجازه وثبت على اجازته واختار محمد منعه قال لأنه لا يجز كالموز والقصب الا أن تكون أشجاره ثابتة وانما تقطع منها أغصانها الثابتة كالسدرة وقال أصبغ فى العتبية عن ابن القاسم قيل ان أصوله تعظم وتقيم السنتين ويجد الشتاء والصيف وليس له ابان فيجد ثم ينقطع فاذا كان يجد هكذا كل وقت لم تجز مساقاته لأنه يحل بيعه اذا بدا أوله (مسئلة) وتجوز مساقاة الورد والياسمين والقطن قاله مالك فى المدونة زاد ابن المواز فى الورد والياسمين وان لم يعجز عنه صاحبه ووجه ذلك أن لهذه أصلا باقيا وساقا ثابتا فصحت المساقاة فيه دون عجز عن الشجر (مسئلة) فأما مساقاة الزرع فقد قال مالك فى المدونة تجوز مساقاة الزرع اذا استقل عن الارض وعجز عنه صاحبه فان لم ينبت بعد لم تجز مساقاته لأنه بذر ذكره ابن حبيب عمن لقى من أصحاب مالك سواء عجز عنه أو لم يعجز ووجه ذلك انه ليس له أصل بعد وانما هو بذر قال فان وقع فالزرع لصاحبه وللعامل أجرة مثله (مسئلة) واذا طلع وعجز عنه صاحبه جازت المساقاة فيه فان لم يعجز عنه صاحبه أو لم يستقل لم يجز ذلك فيه قاله ابن القاسم عن مالك وقال ابن نافع فى كتاب ابن سحنون تجوز المساقاة فى الزرع وان لم يعجز عنه صاحبه قال ابن عبدوس أى لا تجوز المساقاة فى الزرع وجه قول مالك ان الزرع ليس له أصل ثابت ومدة العمل فيه يسيرة والنخل ليس لها أصل ثابت ويستدام العمل فيها أبدا والا تلفت فدوام العمل فيها يقوم مقام العجز عنها لأن الزرع انما يستديم العمل فيه مدة يسيرة ان شاء ترك الارض أو أخرها ولم يتكلف تعبا ولا عملا فيها فلذلك

* قال مالك السنة فى المساقاة عندنا انها تكون فى كل أصل نخل أو كرم أو زيتون أو رمان أو فرسك أو ما أشبه ذلك من الاصول جائز لا بأس به على ان لرب المال نصف الثمر من ذلك أو ثلثه أو ربعه أو أكثر من ذلك أو أقل * قال مالك والمساقاة أيضا تجوز فى الزرع اذا خرج واستقل فعجز صاحبه عن سقيه وعمله وعلاجه فالمساقاة فى ذلك أيضا جائزة

اختصت المساقاة بالشجر لهذه الضرورة ولم تجز فى الزرع لهذا المعنى لعدمها فيه وانما جازت فيه لضرورة العجز وجه قول ابن نافع ان ما جازت فيه المساقاة جازت لغير العجز كالنخل (فرع) ومعنى العجز عن الزرع أن يعجز عن عمله الذى يتم به أو ينمو أو يبقى فان كان له ماء فقد يكون عاجزا قال ابن القاسم فى المدونة لأن الماء لابد له من البقر والاجراء قيل فان كان الماء سيحا قال ان علم انه عاجز جازت المساقاة وقال فى الواضحة اذا عجز صاحبه عن عمله وهو يعمل وله عمل ومؤنة ان ترك خيف عليه التلف جازت مساقاته وان لم يكن فيه عمل ولا مؤنة ولا حراسة وهو يعمل فلا تجوز مساقاته وأما الشجر البقل فتجوز فيه المساقاة وان لم يكن فيها عمل ولا مؤنة لأن لها حراسة وجدادا وهذا الذى قاله مثله فى الزرع لأن فيه دراسة وحصادا الا ان يريد الحصاد وحده لا يؤثر وانما يؤثر اذا انضم اليه الحراسة والنخل يحتاج الى حراسة من يسير بلحا كبيرا الى أن يصير تمرا يتسرع الناس اليه والزرع لا يحتاج الى ذلك الا لمخافة المواشى وقد يكون فى موضع يأمنها وأما الحرث فلا يتصور فى الزرع وهو وان كان لابد منه فى الشجر فقد تصح المساقاة بعد أن أتى بذلك (فرع) فان كان الزرع بعلا قال ابن القاسم فى المدونة ان كان يحتاج من المؤنة ما يحتاج اليه شجر البقل وان ترك خيف أن يضيع فلا بأس به وان لم تكن له مؤنة ولا عمل فيه لم تجز مساقاته انما يقول احفظه لى واحصده وأدرسه لك على ان لك نصفه قال ابن القاسم فلا يجوز عندى لأنها أجرة وانما جاز فى الشجر البقل للضرورة وهذا الاضرورة فيه وهذا الذى ذكره ابن القاسم يحتاج الى تفسير لأنه يقال له وفى النخل اذا قال له احفظه لى وجده ولك نصفه فيجب أن لا يجوز والفرق بينهما ما قدمنا الاشارة اليه ان المساقاة لا تجوز الا فى المال الذى لا ينمو الا بالعمل ولا يجوز أن يستأجر لمنفعته المقصودة ويجب أن يكون ذلك العمل يلزم فيه قبل بدو الصلاح وهذا يتصور فى الأشجار لانها لابد لها من حرث وتقسيم وسد حظار مع كونها من البعل وأما الزرع فانه لا تجوز فيه المساقاة الا بعد استقلاله عن الارض فان كان بعلا فلا يحتاج بعد ذلك الى عمل الى أن يبدو صلاحه ويجوز بيعه وتلك حال لا تجوز فيها المساقاة مع ان الزرع تقصر مدته ولا يستدام العمل فيه وقد قدمنا ذكره (مسئلة) وما كان بمثابة الزرع مما الغرض فى حبه دون بقله فهو بمنزلة الزرع قاله ابن القاسم فى الكمون وقد روى سحنون عن ابن القاسم تجوز المساقاة فى العصفر وكان يجب أن يكون حكمه حكم الكمون اذ ليس من شجرة باقية والمقصود منه نواره (مسئلة) وأما المقاثئ فجوز مالك فيها المساقاة كالتين والجز والقطن والمقاثئ وان كان بطنا بعد بطن فلعل هذا الجواز بان الثمرة تؤخذ منه وأصله ثابت احترازا من القصب الحلو والموز الذى يبقى له أصل بعد أخذ ثمرته وكذلك الزعفران والريحان الذى هو من جنس الاحباق والبقل والقصب والقرط ولذلك منع المساقاة فيه وعلل فى الواضحة تجويز المساقاة فى المقاثئ لتفاوت طيبها يريد والله أعلم أن بطونها لا تنفصل وشبهه بالتين الذى يطيب بعضه بعد بعض قال وليس شئ بعد شئ كالقصب يريد انه تتميز بطونه كتميز بطون القصب والموز وأما القطن فان كان يزرع فى كل سنة فهو بمنزلة المقاثئ والعصفر وان كان يبقى أصله وهو الذى يسمى العادى فهو بمنزلة الورد والياسمين (مسئلة) وأما الموز فقد قال مالك فى المدونة لا تجوز المساقاة فى الموز قال ابن القاسم وان عجز عنه صاحبه قال مالك فى الموازية وكل ما يجذ و يخلف مثل القصب والموز والقرط وشبهه من البقول لا تجوز مساقاته ووجه ذلك انه اجتمعت فيه معان مؤثرة فى منع المساقاة من انه ليس له ساق كالشجر الذى هو أصل فى المساقاة ولا هو بمنزلة الزرع الذى انما يوجد مرة فى السنة اذا

أخذلم يبق أصل يخلف والموز يبقى له أصل وهذا حكم ما كان بمنزلة الموز فى ذلك كالقصب والقرط (مسئلة) المغيبة كلها انما لا يدخر فهو كالبقل قال ابن عبد الحكم وهذا أحب الينا وقد اختلف فيه قال ابن المواز وكذلك الرياحين وقال ابن حبيب لا تجوز مساقاة فى البقول كلها لانه يجوز بيعها اذا بدا اصلاحها أولها كالموز وليس كذلك كالمقاثئ لان ذلك نبات واحد يتقارب طيبه وروى ابن حبيب عن ابن القاسم وأما الزعفران والريحان والبقل والقصب والقرط فلا تجوز فيه المساقاة وجعل قصب السكر كذلك قال الشيخ أبو محمد ورآه اختلافا من قوله وقال ابن القاسم فى الموازية البقل مثل الفجل والجزر واللفت والبصل وشبهه تجوز المساقاة فيه اذا ظهر من الأرض وعجز صاحبه ما لم ينته الى حد يجوز بيعه وقال ابن نافع تجوز المساقاة فى البطيخ والأصول المغيبة كلها عجز عنها صاحبها أولم يعجز فأما قول مالك لا يساقى شئ من البقول فان عنى به الكزبرة والفطف والخضر التى تؤكل فان تلك اذا استقلت جاز بيعها والى هذا التعليل أشار ابن حبيب وأيضا فانه انما المقصود منه ماظهر من ورقه دون بزر يكون فيه وما كان بهذه الصفة فلا مساقاة فيه وأما ما كان من الأصول المغيبة فان المقصود منها أن لا تظهر من الأرض والمساقاة مختصة بما كان ظاهرا على الأرض وبذلك يختص السقى بالشجر ولا يجوز فى الزرع وان عجز عنه صاحبه الا بعد أن يظهر ووجه تجويز ابن القاسم له ان المقصود منه قد ثبت له أصل والعمل فيه غاية ينتهى اليها وتنال ثمرته فيها ولا يبقى له ما يجلب كالزرع (مسئلة) وأما قصب السكر فقد قال مالك تجوز فيها المساقاة اذا ظهر وعجز عنه صاحبه ومنع منه فى الواضحة ابن القاسم ووجه الجواز انه انما تؤخذ ثمرته مرة فى السنة كالزرع ووجه المنع انه مما يخلف أصله كالموز والقصب ص ✻ قال مالك لا تصلح المساقاة فى شئ من الأصول مما تحل فيه المساقاة اذا كان فيه ثمر قد طاب وبدا صلاحه وحل بيعه وانما ينبغى أن يساقى من العام المقبل وانما مساقاة ما حل بيعه من الثمار اجارة لانه انما ساقى صاحب الأصل ثمرا قد بدا صلاحه على أن يكفيه اياه ويجذه له بمنزلة الدنانير والدراهم يعطيه اياها وليس ذلك بالمساقاة انما المساقاة ما بين أن يجذ النخيل الى أن يطيب الثمر ويحل بيعه ✻ قال مالك ومن ساقى ثمرا فى أصل قبل أن يبدو صلاحه ويحل بيعه فتلك المساقاة بعينها جائزة ✻ ش قوله لا تحل المساقاة فى شئ تجوز فيه المساقاة اذا طاب ثمره وحل بيعه يريد ان كل شئ تجوز فيه المساقاة وانما يجوز ذلك فيها ما لم يبد صلاح ثمرته ويحل بيعه للضرورة التى ذكرناها فاذا حل بيعه ارتفعت الضرورة فلم تجز المساقاة لانه يجوز له تعجيل نفعه ببيعه أو بالاجارة عليه لانه لما جاز بيعه جازت الاجارة به وللاشجار أحوال حال قبل أن تكون فيها ثمرة ويجوز عند مالك فيها المساقاة وقال الشافعى فى أحد قوليه لا يجوز ذلك والدليل على ما نقوله قول النبى صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر أقركم ما أقركم الله عز وجل على ان الثمرة بيننا وبينكم فعقد مساقاة لأعوام فلا يخلو أن تكون فى النخل حينئذ ثمرة أو لا تكون فيها ثمرة فان كان فيها ثمرة فقد تناول عقد المساقاة ما بعد ذلك العام من الاعوام وثمرة تلك الاعوام معدومة وان لم يكن فيه ذلك العام بعد ثمرة فلم يتناول العقد عاما الا وثمرته معدومة (مسئلة) وان كان فيها ثمرة لم يبد صلاحها فتلك التى تجوز فيها المساقاة دون خلاف بين من يجذها وان كان فيها ثمرة قد بدا صلاحها فقد قال مالك فيها ما تقدم (فرع) فان وقعت المساقاة فقد قال مالك تجوز فيه الاجارة ولم تجز مساقاته لانه ترك فى ازهاء الثمرة شيأ معلوما ويرجع الى المساقاة ويفسخ العقد ما لم تفت ولا يكون اجارة ومعنى الاجارة ان المساقاة تتضمن ان

✻ قال مالك لا تصلح المساقاة فى شئ من الأصول مما تحل فيه المساقاة اذا كان فيه ثمر قد طاب وبدا صلاحه وحل بيعه وانما ينبغى أن يساقى من العام المقبل وانما مساقاة ما حل بيعه من الثمار اجارة لأنه انما ساقى صاحب الاصل ثمرا قد بدا صلاحه على أن يكفيه اياه ويجذه له بمنزلة الدنانير والدراهم يعطيه اياها وليس ذلك بالمساقاة انما المساقاة ما بين أن يجذ النخيل الى أن يطيب الثمر ويحل بيعه ✻ قال مالك ومن ساقى ثمرا فى أصل قبل أن يبدو صلاحه ويحل بيعه فتلك المساقاة بعينها جائزة

على الداخل النفقة على رقيق الحائط وجميع مايلزم العامل من المؤن والنفقات وان لم يكن ذلك معلوما ولا يجوز فى الاجارة وقال سحنون لا يبطل العقد ويحمل على الاجارة ولا تبطل المساقاة فيه لان مايعطاه المساقى غير مكيل على ماقاله بعض من تكلم فى ذلك من أهل بلدنا لانه لاخلاف انه يجوز بيع نصف ثمر حائط ومايجوز بيعه يجوز الاستئجار به وجوز الشافعى فى أحد قوليه المساقاة فى الثمرة بعد بدو صلاحها والدليل على مانقوله ان مايجوز بيعه لا تجوز المساقاة فيه كالذى يبدو صلاحه من التين وغيره من الأشجار (مسئلة) ومن ساقى حائطا قد أزهت ثمرته لهذه السنة وسنين بعدها فقد قال مالك فى المدونة يفسخ ان أدرك قبل أن تجد الثمرة أو بعد ماجدها الا انه الى هذا الموضع له نفقته التى أنفق وعمل مثله على رب الحائط وهذا يقتضى انه لا يكون له النفقة وانما يكون له أجرة مثله وما أنفق (فرع) وان عمل فى النخل بعد ماجد الثمرة لم يكن على رب المال أن ينتزعه منه حتى يستكمل السنتين كلها ماقاله فى المدونة وقال لانه قد عمل فى الحائط والنخل قد ينقص حملها فى عام ويزيد فى آخر فان لم يستوعب السنتين ظلم أحدهما وأصل هذا ان المساقاة الفاسدة التى يرجع فيها الى مساقاة المثل فانه يفسخ مالم يعمل العامل فاذا عمل لم يفسخ وما يرد الى أجرة المثل فيفسخ عمل أو لم يعمل قاله ابن حبيب فجعل الفوات بابتداء العمل فى وقت تصح فيه المساقاة وفى كتاب ابن المواز أدرك قبل مجىء ثمرة قابل فسخ وأخذ اجارة مثله ونفقته وان لم يفسخ حتى أتت ثمرة قابل لم يفسخ الى بقية السنتين فجعل الفوات بظهور ثمرة عام من أعوام المساقاة ولا يلزم هذا فى قوله انه تجوز المساقاة فى الثمرة المزهية وتكون اجارة لانه لما جمع فى عقد واحد عقد اجارة وعقد مساقاة لم يجز لانه ازدياد من أحدهما فى المساقاة وانما يجوزه سحنون اذا انفرد وقد قال فى الموازية فى الحائط تكون فيه أنواع مختلفة حل بيع بعضها ولم يحل بيع سائرها فجمع ذلك فى المساقاة قال وان كان الذى أزهى فى الحائط الأقل جازت وان كثر لم يجز فيه ولا فى غيره ومعنى ذلك جمع الاجارة والمساقاة فى عقد واحد على قول سحنون وعلى قول مالك وابن القاسم لان عقد المساقاة فيما قد أزهى من الثمرة فاسد ففسد ماقارنه به

(فصل) وقوله وانما ينبغى أن يساقى فى العام المقبل يحتمل أن يريد وقوع العقد بعد جد الثمرة التى أزهت ويحتمل أن يريد أن يعقد لان العقد للعام المقبل فيكون أوله بعد الجداد للثمرة المزهية وانما يجوز عقد المساقاة فى عام أول العام بعده لانه عقد لازم مع قرب المدة

(فصل) وقوله وانما مساقاة ماحل بيعه من الثمار اجارة يحتمل وجهين أحدهما انه يصح فيه بدل عقد المساقاة عقد الاجارة فأما الاجارة فلا تجوز فيه لما قدمناه ويحتمل أن يريد ان حكمه حكم الاجارة وان العقد بلفظ المساقاة ولذلك قال لانه انما يساقيه ثمرا بدا صلاحه على أن يكفيه اياه ويجده له كما لو أعطاه على ذلك دنانير أو دراهم وليس ذلك بمساقاة يحتمل أن يريد وليس فى وقت المساقاة

(فصل) وقوله وانما المساقاة مابين أن يجد النخل الى أن يطيب ثمره يريد ان هذه المدة التى تجوز فيها المساقاة ويحتمل أن يريد انها تلك المدة التى تثبت لما انعقد فيها بلفظ المساقاة حكم المساقاة وقوله بعد ذلك فتلك المساقاة جائزة يدل على انه أراد بقوله ان مساقاة ماحل بيعه من الثمار اجارة ان مساقاته لا تجوز وانما يجب أن تعقد فيها الاجارة والله أعلم (مسئلة) ومن ساقى حائطا يعمل فيه بثمرة حائط آخر قال مالك فى الموازية لا تجوز الا أن تكون ثمرة الآخر قد أزهت فهى اجارة فان لم تزه فهى مساقاة وهذه المسئلة تدل من قول مالك على ان الاجارة تنعقد بلفظ المساقاة وقد تقدم ذكر

* قال مالك ولا ينبغي أن تساق الأرض البيضاء وذلك انه يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الاثمان المعلومة * قال فأما الرجل الذي يعطي أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها فذلك مما يدخله الغرر لأن الزرع يقل مرة ويكثر مرة وربما هلك رأسا فيكون صاحب الأرض قد ترك كراء معلوما يصلح له أن يكري أرضه به وأخذ أمرا غررا لا يدري أيتم أم لا فهذا مكروه وانما مثل ذلك مثل رجل استأجر أجيرا لسفر بشيء معلوم ثم قال الذي استأجر الأجير هل لك أن أعطيك عشر ما أربح في سفري هذا اجارة لك فهذا لا يحل ولا ينبغي * قال مالك ولا ينبغي لرجل أن يؤاجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته الا بشيء معلوم لا يزول الى غيره * قال مالك وانما فرق بين المساقاة في النخل والأرض البيضاء أن صاحب النخل لا يقدر على أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الأرض يكريها وهي أرض بيضاء لا شيء فيها

احتماله اللفظ بهذا القول ولابطال العقد وقد قال بعض القرويين انما منع ابن القاسم مساقاة ما أزهى ولم يجعل ذلك اجارة لان عرف المساقاة أن لا يأخذ أحدهما شيأ الى جداد ثمرة وكان كل واحد منهما شرط على صاحبه أن لا يقاسمه ولا يتصرف في نصيبه الا عند القسمة بعد الجداد وهو في الاجارة لو شرط هذا لم يجز وانما يجوز أن يستأجره ببعضه اذا كان لكل واحد منهما أن يقاسم ويتصرف في نصيبه ماشاء فان اعترض على ذلك بقوله في كتاب الشفعة في بيع أحد المساقيين لسهمه فقد أجاز ذلك والمشترى لا يقدر على الجد فانما جاز ذلك ان المساقاة وقعت على التقية فلما احتاج الى البيع واستضر بمنعه سومح بذلك * قال القاضي أبو الوليد والأظهر عندي في ذلك ماتقدم ص ﴿ قال مالك ولا ينبغي أن تساقى الارض البيضاء وذلك انه يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الأثمان المعلومة ﴾ ش قوله ولا ينبغي أن تساقى الأرض البيضاء لانه يحل لصاحبها كراؤها يريد ان ماحل بيعه للمنفعة المقصودة لا يحل المعاملة عليه ببعض نمائه الخارج عنه وبذلك لا تجوز مساقاة الارض التي يجوز كراؤها للمنفعة المقصودة منها وهي الثمرة وان جاز أن تكرى لغير منفعتها المقصودة منها لمن أراد أن ينشر عليها ثيابا أو غير ذلك

(فصل) وقوله يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الأثمان يريد وما أشبه الدنانير والدراهم فانما يمنع كراؤها بكثير مما يعاوض به وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ص ﴿ قال مالك فأما الرجل الذي يعطي أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها فذلك مما يدخله الغرر لان الزرع يقل مرة ويكثر مرة وربما هلك رأسا فيكون صاحب الارض قد ترك كراء معلوما يصلح له أن يكرى أرضه به وأخذ أمرا غررا لا يدري أيتم أم لا فهذا مكروه وانما مثل ذلك مثل رجل استأجر أجيرا السفر بشيء معلوم ثم قال الذي استأجر الأجير هل لك أن أعطيك عشر ما أربح في سفري هذا اجارة لك فهذا لا يحل ولا ينبغي * قال مالك ولا ينبغي لرجل أن يؤاجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته الا بشيء معلوم لا يزول الى غيره * قال مالك وانما فرق بين المساقاة في النخل والأرض البيضاء ان صاحب النخل لا يقدر على أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الارض يكريها وهي أرض بيضاء لا شيء فيها ﴾ ش قوله فالذي يعطي أرضه البيضاء بثلث ما يخرج منها أو ربعه يدخله الغرر يريد انه لا يجوز للرجل أن يكرى أرضه البيضاء بجزء يخرج منها وان جاز أن يكريها في الجملة الا أن ذلك الربع لا يدرون قدره لانه قد يقل مرة وربما تلف جميعه ويكثر أخرى والكراء معاوضة على منافع الارض فلا يجوز الا بعوض معلوم لا سيما فيمن تمكن المعاوضة عليه لشيء معلوم وانما جاز في المساقاة لانه لا تجوز المعاوضة على منافع الثمار بشيء معلوم ومثل ذلك من استأجر أجيرا بثلث ما يربح في سفره مع تمكنه من استئجاره باجارة معلومة فان ذلك لا يجوز وقد جوز أبو حنيفة استئجار الارض بجزء مما يخرج منها والدليل على مانقوله ما أخرجه البخاري من حديث عطاء عن جابر كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فان لم يفعل فليمسك أرضه ومن جهة المعنى ان هذا عوض في الاجارة مجهول فوجب أن يكون ممنوعا كالجزء الذي ليس بمقدر وقال ابن حبيب المخابرة كتراء الارض بالجزء مما يخرج منها والخبر حرث الارض (مسئلة) ولا يجوز استئجارها بطعام مقدر خلافا للشافعي والدليل على مانقوله ما أخرجه البخاري من حديث رافع بن خديج عن عمه ظهير بن رافع انه قال لقد نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان بنا رافقا قلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال

دعانى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ماتصنعون بمحاقلكم قلت نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير قال لاتفعلوا ازرعوها وأزرعوها أوامسكوها قال رافع قلت سمعا وطاعة قال ابن حبيب قال مالك فيما نهى عنه من المحاقلة هو اكتراء الارض بالحنطة ووجه ذلك من جهة المعنى انه منفعة الارض التى اكتريت لها وهى المنفعة المقصودة منها انما هو الطعام الخارج فاذا اكتراها منه بطعام فهو طعام بطعام غير مقبوض ولا مقدر (مسئلة) وسواء كان الطعام الذى اكترى به الارض مما تنبته الارض كالحب والتمر أو مما لاتنبته كاللحم واللبن فان ذلك لايجوز قاله مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون وقال ابن كنانة لا يكرى بشئ اذا أعيد فيها نبت وتكرى بغير ذلك من طعام أو غيره مما لاتنبت وقال ابن نافع وغيره لاتكرى بالحنطة وأخواتها وتكرى بغير ذلك من مطعوم وغيره وقال ابن حبيب وكره مالك اكتراءها بالطعام لانه طعام بطعام مؤجل وقال ابن الماجشون انما كرهه لانه من المحاقلة الا أن تكون أرضا لاتنبت ذلك الشئ كالقطن والزعفران فى أرض لاتنبتهما * قال القاضى أبو الوليد وجه كراهيته عندى ما أخرجه البخارى من حديث اسحق بن أبى طلحة عن أنس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والدليل على ذلك ماروى رافع بن خديج أن النبى نهى عن كراء المزارع وهذا عام الاما خصه الدليل ومن جهة المعنى ان هذا طعام فلم يجز كراء الارض به كالقمح ووجه قول ابن كنانة ان هذا مما لايزرع فى الارض فجاز أن تكرى به كالحطب والجذوع ووجه قول ابن نافع ان كل ما يجوز التفاضل بينه و بين القمح فانه يجوز أن تكرى به الارض كالذهب والفضة (مسئلة) ولاتكرى الارض بشئ مما يخرج منها من النبات مما ليس له أصل ثابت وان كان مما لايؤكل كالكتان هذا قول مالك وابن القاسم فى المدونة ولا بشئ من الحشيش وقال ابن المواز لابأس أن تكرى الارض بالخضر قال الشيخ أبو محمد يريد من الكلأ لانه ليس مما يزرع ولا من الطعام ووجه قول مالك انه مما تنبته الارض وليس له أصل ثابت فلم يجز أن يكرى به كالقمح ووجه القول الثانى انه انما يكره كراء الارض بما يخرج منها لئلا يعطيك مما تنبت أرضك أو يدخله الجزاف المجهول بين ما يأخذه منه وما تنبته أرضك فاذا كانت الارض لاتنبت ذلك الجنس فقد أمنت ذلك كله (فرع) فاذا قلنا لا يجوز كراؤها بالكتان فانه يجوز بالثياب من الموازية ووجه ذلك انه قد استحال عن جنس الاصل فليس هو مما تنبت الارض (مسئلة) ولابأس أن تكرى بالجذوع والحطب والخشب والعود و بأصل شجر لايثمر ووجه ذلك انه أصل ثابت من جنس الارض ولانه يتبعها بمجرد العقد بخلاف الزرع فكأنه انما أكراها بأرض أخرى وذلك جائز وقال ابن الماجشون انما أجازه بالخشب لانه ليس الذى يزرع وهذا الذى ينتقض بالكتان والقطن فانه لايزرع ومع ذلك فلا يجوز ان تكرى الأرض بهما

(فصل) وقول مالك ولا ينبغى للرجل أن يؤاجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته الا بشئ معلوم يريد معلوم الجنس والصفة والقدر بكيل أو وزن أو عدد أو حزر ان كان قريبا غير متعلق بالذمة وليس كذلك من يكرى أرضه بجزء مما تخرجه فان ماتخرجه غير معلوم الصفة ولا القدر ولا مرئى ينظر اليه

(فصل) وانما فرق بين المساقاة فى النخل والأرض البيضاء ان صاحب النخل لايقدر أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الأرض يكريها بما يريد أن النخل لايجوز أن يبيع منفعتها المقصودة منها وهى الثمرة على الوجه المعتاد مالم يبد صلاحها فاذا بدا وجاز ذلك لم تجز فيها المساقاة وصارت بمنزلة

الأرض البيضاء لما جاز أن تباع منفعتها المقصودة منها وهى الزراعة فيها واكتراؤها للزرع قبل الصلاح لم تجز المساقاة فيها ص ﴿ قال مالك والأمر عندنا فى النخل أيضا أنها تساقى السنتين والثلاث والأربع وأقل من ذلك وأكثر قال وذلك الذى سمعت وكل شئ مثل ذلك من الأصول بمنزلة النخل يجوز فيه لمن ساقى من السنين مثل ما يجوز فى النخل ﴾ ش قال القاضى أبو الوليد ومعنى ذلك عندى أن عقد المساقاة عقد لازم قال الشيخ أبو اسحاق عقد المساقاة لازم للمتعاقدين وليس لاحدهما فسخه بعد عقده الا برضا صاحبه ولو مات أحدهما لكان ورثته مكانه وفى الموازية اذا انعقدت المساقاة فليس لاحدهما رجوع وان لم يعمل كالاجارة بخلاف القراض وقد رأيت لبعض القرويين انه لو مات قبل الجداد لبطلت المساقاة وليس كالعقود اللازمة وان لم ينبض ولعله تعلق فى ذلك بما روى فى عين السقى تغور ان كان ذلك قبل العمل فلا شئ على رب الحائط وان كان بعد العمل لزمه أن ينفق بقدر ما يقع له من الثمرة وان لم يكن عنده شئ فللعامل أن ينفق ويكون نصيبه من الثمرة رهنا بيده وفى المدونة فى العامل يندم فيسأل الاقالة قبل العمل فيأبى صاحب الحائط أن يقبله فيعطيه على ذلك مائة درهم فلا يجوز عند مالك قبل العمل ولا بعده وهذا يقتضى اللزوم قبل العمل ولو لم يلزم قبل العمل لما لحقه ندم ولا سأل اقالة ولا زاد لذلك مائة وأما القبض فلا تأثير له ولذلك لم يؤثر فى القراض وانما التأثير للعمل وقد قال ابن حبيب المساقاة بيع من البيوع اذا عقداها بينهما لم يجز لاحدهما أن يرجع فيها حتى يتم أجلها (مسئلة) اذا ثبت أنه عقد لازم جاز أن يعقد لو جانب عنده كاكراء الارض وما ليس بلازم من العقود الجائزة كالشركة والقراض فانه لا يجوز أن يعقد الاعقداء طلقا لا يشترط فيه وجانب لان ذلك يقتضى اللزوم (مسئلة) ووجانبه بالشهور والسنين قاله الشيخ أبو اسحق وابن حبيب ووجه ذلك ان أجرة العامل لا تصح أن تكون الا من الثمرة التى يعمل فى أصلها بجزء منها فكان العمل الى أن يمكن قسمتها كربح القراض ومعنى قوله بالسنين يريد من الجداد الى الجداد

(فصل) وقوله ان النخل يجوز أن يساقى لسنتين وثلاثا وأربعا وأقل من ذلك وأكثر يريد ما لم يكثر ذلك جدا قال ابن القاسم فى المدونة فى العشر سنين والثلاثين والخمسين ولم أسمع من مالك فيه شيأ ولا أدرى ما هذا وما لم يكثر جدا فلا بأس به (مسئلة) ومن أخذ النخل مساقاة ثلاث سنين فعمل فى النخل سنة ثم أراد أن يترك لم يكن له ذلك حتى يتم أجل المساقاة الا أن يتراضيا قبل ذلك (مسئلة) اذا ثبت أنه عقد لازم فان لهما أن يتتاركا بغير جعل ولا يجوز أن يعطيه العامل شيأ قبل العمل ولا بعده وقاله مالك فى المدونة قال ابن القاسم وانما جاز ذلك لان العامل يجوز أن يدفع النخل الى غيره مساقاة فاذا ردها الى ربها فقد ساقاه فيها ولم يجز عندى أن يزيده شيأ لانه يكون زيادة من أحد المساقيين وذلك يمنع صحة المساقاة ولا يجوز أن يقول صاحب الحائط له أخرج وأعطيك قيمة ما أنفقت وان رضيا بذلك لما قدمناه من الزيادة فى المساقاة (فرع) فاذا قلنا بذلك فلا بأس أن يدفع العامل النخل مساقاة الى رب الحائط بأقل مما أخذه ما لم تطب الثمرة قاله مالك فى العتبية قال محمد وما لم يضمن له الجزء الباقى من الثمرة ولا يجوز ذلك بأكثر من ذلك الجزء حتى يحتاج العامل أن يزيد من حائط آخر ووجه ذلك انه اذا ساقاه بأقل من ذلك الجزء فهى مساقاة صحيحة لان العامل الاول لما عمل صار بمنزلة صاحب الحائط يجوز له أن يساقيه صاحب الحائط بأقل من ذلك الجزء فيبقى للعامل فى الحائط سدس أو ربع كما يبقى لصاحب الحائط اذا ساقى غيره فاذا ساقاه بأكثر من

* قال مالك والأمر عندنا فى النخل أيضا انها تساقى السنتين والثلاث والأربع وأقل من ذلك وأكثر قال وذلك الذى سمعت وكل شئ مثل ذلك من الاصول بمنزلة النخل يجوز فيه لمن ساقى من السنين مثل ما يجوز فى النخل

ذلك الجزء لم يجز ذلك لانه بمنزلة أن يشترط صاحب الحائط للعامل جزأ زائدا من حائط آخر على جميع ثمر حائط المساقى وروى ابن ميسر عن ابن القاسم عن مالك ان لم يعمل جاز أن يعطيه صاحب الارض جزأ من الثمرة وان عمل لم يجز ذلك (مسئلة) ولو اطلع على أن العامل سارق مبرح يخاف منه أن يقطع النخل ويذهب بالثمرة أو يخرب الدار ويبيع أبوابها لم يكن له اخراجه عند ابن القاسم واحتج لذلك بما قال مالك فى الرجل يبيع السلعة من رجل مفلس والبائع لا يعلم بفلسه ان البيع لازم فهذا مثله * قال القاضى أبو الوليد والذى عندى أن المساقى شريك فى أصل الثمرة والشريك لا يستطيع شريكه أن يخرجه من عين حقه لما يظهر فيه من خيانة ولا غيرها (مسئلة) ولا تنفسخ المساقاة بموت أحد المتساقيين فان مات العامل عمل ورثته ان كانوا أمناء كما كان صاحبهم يعمل فان أبوا ذلك كان مال الميت لازما لهم وان كانوا غير أمناء لم يسلم اليهم ويأتون بامين قاله ابن القاسم فى المدونة ففرق بين هذه المسئلة وبين أن يظهر من العامل سرقة أو اغارة وذلك لان العامل تعلقت المساقاة بذمته وماله ولزمته أكثر من لزومها للورثة فلو اطلع فى النخل على قلة حمل وضعف لزمته المساقاة وكذلك اذا اطلع منه على عيب والورثة لا تتعلق المساقاة بأموالهم ولا يلزمهم ان كرهوها وانما تلزم تركة الميت ان كان له مال ولذلك لم يلزم صاحب الحائط بسرقتهم وخيانتهم (مسئلة) ولو أجيحت الثمرة فقد روى أشهب عن مالك لا جائحة فى المساقاة وليس للعامل أن يخرج وهما شريكان فى النماء والنقصان وروى عنه سعد ان بلغت الجائحة الثلث فللعامل أن يسقى الحائط كله أو يخرج قال محمد ولا شئ له من علاجه ونفقته وجه القول الاول انهما شريكان فلم يفسخ ذلك بينهما بالجائحة ووجه القول الثانى ان عمله عوض من حصته من جميع الثمرة فاذا أجيحت كان له ترك ذلك كما لو اشتراها (فرع) وهذا اذا كانت الجائحة شائعة فى الحائط فاما اذا أجيحت جهة وسلمت أخرى فيلزم المساقاة فيما سلم الا أن يكون بعد أخذ الثلث فأقل قاله محمد ص ﴿قال مالك فى المساقى انه لا يأخذ من صاحبه الذى ساقاه شيأ من ذهب ولا ورق يزداده ولا طعام ولا شيأ من الأشياء لا يصلح ذلك ولا ينبغى أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيأ يزيده اياه من ذهب ولا ورق ولا طعام ولا شئ من الأشياء والزيادة فيما بينهما لا تصلح قال مالك والمقارض أيضا بهذه المنزلة لا يصلح اذا دخلت الزيادة فى المساقاة أو المقارضة صارت اجارة وما دخلته الاجارة فانه يصلح وينبغى أن تقع الاجارة بامر غرر لا يدرى أيكون أم لا يكون أو يقل أو يكثر﴾ ش قوله ولا يأخذ من الذى ساقاه يعنى العامل شيأ من ذهب ولا ورق ولا شيأ من الأشياء يزداده يريد ان صاحب الحائط ليس له أن يشترط على العامل شيأ يزداده غير حصته من الثمرة يريد مما نقصه خارجا عن العمل فى الحائط وأما اشتراطه عليه العمل فى الحائط فانما كان ذلك شرطا فى صحة عقد المساقاة لان عقد المساقاة على ما قدمناه مبنى على أن الثمرة فيه عوض عن العمل لا يجوز أن يكون للثمرة عوض غير العمل لانه يكون من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وقبل ظهورها ولا يزداد العامل من رب الحائط شيأ لانه لا يجوز أن يقارن المساقاة بيع ولو شرط على صاحب الحائط شيأ لكان ذلك عوضا من بيع عمله فاجتمع عقد مساقاة وبيع وذلك غير جائز (مسئلة) ولو عقدا مساقاة على جزء من الثمرة بعد ان عمل صاحب الحائط فيه أشهرا فان كان على أن يبيعه بما سقى لم يصلح وان كان ملغى فلا بأس بذلك رواه أشهب عن مالك فى العتبية والموازية ويدخله ماذكرنا من ازدياد صاحب الحائط من العامل دنانير أو دراهم وذلك غير جائز ولو كانت المساقاة على ان جميع الثمرة للعامل فذلك جائز الا أن يكون صاحب

* قال مالك فى المساقى انه لا يأخذ من صاحبه الذى ساقاه شيأ من ذهب ولا ورق يزداده ولا طعام ولا شيأ من الاشياء لا يصلح ذلك ولا ينبغى أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيأ يزيده اياه من ذهب ولا ورق ولا طعام ولا شئ من الأشياء والزيادة فيما بينهما لا تصلح * قال مالك والمقارض أيضا بهذه المنزلة لا يصلح اذا دخلت الزيادة فى المساقاة أو المقارضة صارت اجارة وما دخلته الاجارة فانه لا يصلح ولا ينبغى أن تقع الاجارة بأمر غرر لا يدرى أيكون أم لا يكون أو يقل أو يكثر

الحائط سقاه قبل ذلك باشهر رواه أشهب عن مالك فى العتبية ووجه ذلك انه يأخذ منه قيمة سقيه فقد باعه الثمرة قبل بدو صلاحها * قال القاضى أبو الوليد وان ألغاه فعندى انه يجوز

(فصل) وقوله ولا ينبغى أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيأ من الأشياء يريد انه كما لا يزداد صاحب الحائط من العامل شيأ كذلك لا يزداد العامل من صاحب الحائط شيأ وانما تنعقد المساقاة على ان العمل عوض عن حصته من الثمرة وانما يجوز أن يزداد أحدهما من الاجرة مما لا يلزمه بعقد المساقاة يسير العمل فى الثمرة فاما ما ازداد من غير ذلك فلا يجوز قليله ولا كثيره لان ازدياد صاحب الحائط من العمل يخرجه الى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وازدياد العامل من صاحب الحائط يخرجه الى أن يقارن عقد المساقاة عقد اجارة وذلك غير جائز لتنافيهما ولو جازت الاجارة فى الأشجار لما جازت فيها المساقاة ووجه آخر وهو ان الاجارة ينافيها الغرر والمساقاة لا تصح الا فيما فيه الغرر فلم يجز اجتماعهما كالاجارة والجعل ص ﴿ قال مالك فى الرجل يساقى الرجل الارض فيها النخل أو الكرم أو ما يشبه ذلك من الأصول فتكون فيها الأرض البيضاء قال مالك اذا كان البياض تبعا للاصل وكان الاصل أعظم ذلك أو أكثره فلا بأس بمساقاته وذلك أن تكون النخل الثلثين أو أكثر ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك أو أكثر ان البياض حينئذ تبع للاصل ﴾ ش قوله ان البياض مع النخل فى المساقاة انما يصح اذا كان تبعا للنخل وهو أن يكون الثلث من الجلة والنخل ثلثيها فحينئذ يكون البياض تبعا للنخل فان كان البياض أكثر من الثلث لم يجز وقد ذكر فى المدونة ابن القاسم فى النخل يكون تبعا للبياض فى الكراء انه لم يبلغ به الثلث فى احدى الروايتين وعلى هذا ان قصر على الثلث جاز أن يكون تبعا قولا واحدا وأما ما كان أزيد من الثلث لم يجز ذلك فيه قولا واحدا وأما الثلث فاختلف قوله فيه فمرة جعله فى حيز اليسير الذى يكون تبعا ومرة جعله فى حيز الكثير الذى لا يكون تبعا وجه القول الاول ان كل موضع جعل الثلث فيه حدا بين ما يجوز وبين ما لا يجوز فانه من جملة ما يجوز كالوصية وهبة الزوجة ووجه القول الثانى ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال الثلث والثلث كثير (مسئلة) وحكم ما لا تجوز المساقاة فيه مع ما تجوز المساقاة فيه حكم الارض البيضاء مع النخل وقد قال مالك فى الموازية لا بأس أن يساقى الحائط وفيه من الموز ما فيه تبع قدر الثلث فأقل قال محمد ويكون بينهما على سقاء واحد ولا يلغى لاحدهما (فرع) وفيما يراعى الثلث من البياض الظاهر من أقوال أصحاب مالك ان ذلك فيما يلغى وفيما شرط على حكم المساقاة وقال ابن عبدوس انما يراعى أن يكون تبعا للثمرة كلها اذا كان بينهما فاما اذا ألغى فانما يراعى فيه أن يكون تبعا لحصة العامل خاصة وجه قول ابن عبدوس ان ما صار للعامل يجب أن يكون تبعا للحصة اذا لم يلغ (مسئلة) وصفة اعتبار ذلك أن ينظر الى كراء الارض فكأنه خمسة دنانير والى غلة النخل على المعتاد من حالها ويسقط من ذلك قدر الانفاق على الثمرة فان بقى من ذلك عشرة دنانير أضيفت الى كراء الارض فيكون خمسة عشر فيجوز ذلك لأن كراء الارض تبع ولو بقى من قيمة الثمرة ثمانية دنانير لم يجز لأن الخمسة اذا أضيفت الى ثمانية كانت أكثر من ثلث الجلة (مسئلة) فاذا قلنا يجوز فى البيع ويجوز الغاؤه للعامل فهذا ان عمل العامل حتى تكمل المساقاة فهو له على حسب ما ألغى له وان خرج من الحائط بجائحة أصابته وقد زرع العامل فقد روى ابن أشرس عن مالك عليه كراء البياض ولو عجز عن عمل الحائط فقد روى على بن زياد عن مالك عليه كراء الارض بكراء مثله (مسئلة) وان كان البياض بينهما فقد قال ابن القاسم

* قال مالك فى الرجل يساقى الرجل الأرض فيها النخل والكرم أو ما أشبه ذلك من الاصول فيكون فيها الأرض البيضاء قال اذا كان البياض تبعا للاصل وكان الأصل أعظم ذلك أو أكثره فلا بأس بمساقاته وذلك أن تكون النخل الثلثين أو أكثر ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك وذلك أن البياض حينئذ تبع للاصل

انما يجوز ذلك على سقاء الحائط ولا يجوز على غير ذلك وقاله أصبغ وقال أصبغ أيضا اذا كانت المساقاة على النصف وشرط للعامل ثلاثة أرباع البياض جاز وجه قول ابن القاسم ان المساقاة اذا انعقدت بجزأين مختلفين لم يجز كالحائطين أو بعض أنواع الشجر ووجه قول أصبغ الثاني ما احتج به لأنه يجوز أن يكون له جميع البياض وهو مخالف لجزء المساقاة فكذلك اذا شرط عليه جزأ أكثر من جزأيه في المساقاة (مسئلة) ومن أخذ زرعا مساقى قد عجز عنه صاحبه ومعه أرض بيضاء تبعا للزرع ففي الموازية ان ذلك يجوز منه ما يجوز من البياض مع الاصول ووجه ذلك انه تبع للاصل تصح فيه المساقاة كالذي مع النخل (مسئلة) وان ساقى زرعا عجز عنه صاحبه وفيه نخل تبع للزرع فانه يجوز أن يساقي ذلك مساقاة واحدة قاله ابن القاسم في المدونة وقال في الموازية وكذلك اذا كان الزرع تبعا للنخل (فرع) اذا قلنا بجواز ان يجمع النخل والزرع في المساقاة فاذا كانت النخل تبعا للزرع لم تجز المساقاة على مذهب ابن القاسم الا بشرط أن يعجز صاحب الزرع عنه واذا كان الزرع تبعا للنخل جازت المساقاة وان لم يعجز عن الزرع قاله ابن المواز (مسئلة) وهل يجوز الغاء النخل التي هي تبع للزرع للعامل قال ابن القاسم في المدونة انه بخلاف البياض مع النخل ولا يجوز الغاء ذلك للعامل وكذلك الزرع الذي هو تبع للشجر كأصناف من الشجر لا يجوز أن يلغى صنف منها للعامل وروى ابن وهب عن مالك ان ذلك يجوز أن يلغى للعامل وحده واذا كان تبعا كمكترى الدار فيها نخل هي تبع ولا يجوز أن يكون بينهما وعلى هذا يجوز أن تلغى المؤن للعامل اذا كانت تبعا للحائط ص * قال مالك اذا كانت الارض البيضاء فيها نخل أو كرم أو ما يشبه ذلك من الاصول فكان الاصل الثلث أو أقل والبياض الثلثين أو أكثر جاز في ذلك الكراء وحرمت فيه المساقاة وذلك أن من أمر الناس أن يساقوا الاصل وفيه البياض وتكرى الارض وفيها الشئ اليسير من الاصل أو يباع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق أو القلادة أو الخاتم فيهما الفصوص والذهب بالدنانير ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويبتاعونها ولم يأت في ذلك شئ موصوف موقوف عليه اذا هو بلغه كان حراما أو قصر عنه كان حلالا والامر في ذلك عندنا الذي عمل به الناس وأجازوه بينهم أنه اذا كان الشئ من ذلك الورق أو الذهب تبعا لما هو فيه جاز بيعه وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو الفصوص قيمته الثلثان أو أكثر والحلية قيمتها الثلث أو أقل * ش قوله في الارض البيضاء يكون فيها يسير النخل الثلث فأقل يجوز ذلك في الكراء أصل ذلك جواز ذلك اذا كانت ثمرة النخل الثلث وقد منع منه في المدونة فروى ابن القاسم عن مالك انه يجوز في اليسير وأبى أن يبلغ به الثلث فلم يختلف قول مالك في يسير الغلة مع الارض في الكراء وانما يختلف قوله في تحديد ذلك اليسير فمرة يجعل الثلث في حيز اليسير ومرة يجعله أول الكثير وما قصر عنه فهو من جملة اليسير وقد تقدم ذكر ذلك والله أعلم

(فصل) وقوله وحرمت فيه المساقاة يحتمل أن يريد به انها تحرم في الجملة من البياض والنخل وأما اذا أفردت النخل بالمساقاة فلا بأس بذلك لأنه لا يجوز أن يفرد بالكراء وقد جوز مالك المساقاة في النخلة الواحدة والنخلتين

(فصل) وقوله وذلك من أمر الناس أن يساقوا الارض وفيها البياض وتكترى الارض وفيها اليسير من الاصل يريد أن هذا أمر شائع دون نكير لأن الضرورة اليه عامة لتعذر انفصال الارض من الشجر والشجر من الارض غالبا وحاجة الناس الى الاستنابة في عملها فاجازت اجارته كانت

* قال مالك واذا كانت الأرض البيضاء فيها نخل أو كرم أو ما يشبه ذلك من الاصول فكان الأصل الثلث أو أقل والبياض الثلثين أو أكثر جاز في ذلك الكراء وحرمت فيه المساقاة وذلك ان من أمر الناس أن يساقوا الأصل وفيه البياض وتكرى الأرض وفيها الشئ اليسير من الأصل أو يباع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق أو القلادة أو الخاتم فيهما الفصوص والذهب بالدنانير ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويبتاعونها ولم يأت في ذلك شئ موصوف موقوف عليه اذا هو بلغه كان حراما أو قصر عنه كان حلالا والأمر في ذلك عندنا الذي عمل به الناس وأجازوه بينهم أنه اذا كان الشئ من ذلك الورق أو الذهب تبعا لما هو فيه جاز بيعه وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو الفصوص قيمته الثلثان أو أكثر والحلية قيمتها الثلث أو أقل

فيه الاجارة وان كان فيه اليسير مما لا تجوز فيه الاجارة وماجازت مساقاته كانت فيه المساقاة وان كان فيه اليسير مما تجوز فيه المساقاة

(فصل) وقوله ولم يأت فى ذلك شئ موصوف موقوف عليه اذا هو بلغه كان حراما أو قصر عنه كان حلالا يريد انه لم يرد فى ذلك من جهة الشرع حد يبين ما يجوز منه وما لا يجوز وانما هذا التحديد باجتهاد العلماء فى فعلهم الثلث فى حيز التبع للثلثين أوفى حيز ما لا يجوز ذلك فيه والله أعلم

(مسئلة) ومن اكترى دارا فيها نخل ثمرتها تبع لكراء الدار فتهدمت الدار فى نصف السنة فقد روى عيسى عن ابن القاسم وأبو زيد عن ابن القاسم لو كانت الثمرة قد طابت وكانت تبعا لما سكن فهو للمكترى وعليه ثلثا الكراء ان كانت قيمة الثمرة الثلث فان لم تطب فهى لصاحب الدار على المكترى ثلث الكراء قال يحيي بن عمر وكذلك لو طابت الثمرة وليست بتبع لما سكن فهى لصاحب الدار وقد فسد فيها البيع وقال محمد بن المواز الثمرة راجعة الى صاحبها طابت أو لم تطب ووجه القول الاول انها اذا طابت وكانت تبعا لما سكن فانما وقع الفسخ من العقد فيما لا يؤثر فى بيع الثمرة لأنه لو أفرد بيع الثمرة بما صح من الكراء لجاز ذلك فكذلك فى مسئلتنا مثله ووجه القول الثانى ان الثمرة قد تبعت ما فسخ من التبايع كما تبعت ما جاز منه فلما فسخ ما هى تبع له انفسخ البيع لانه لا يجوز افرادها بالبيع واذا فسد بعضها لذلك فسد جميعها

﴿ الشرط فى الرقيق فى المساقاة ﴾

ص ﴿ قال مالك ان أحسن ما سمع فى عمل الرقيق فى المساقاة يشترطهم المساقى على صاحب الأصل انه لا بأس بذلك لانهم عمال المال فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل الا انه تخف عنه بهم المؤنة وان لم يكونوا فى المال اشتدت مؤنته وانما ذلك بمنزلة المساقاة فى العين والنضح ولن تجد أحدا يساقى فى أرضين سواء فى الأصل والمنفعة احداهما بعين واثنة غزيرة والأخرى بنضح على شئ واحد لخفة مؤنة العين وشدة مؤنة النضح قال وعلى ذلك الأمر عندنا قال والوائنة الثابت ماؤها التى لا تغور ولا تنقطع ﴾ ش قوله فى عمل الرقيق فى المساقاة انه لا بأس أن يشترطهم العامل على صاحب الأصل يريد الرقيق الذين كانوا عمال الحائط وقت المساقاة وقد قال مالك فى المدونة انه لا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط اخراجهم اذا كانوا فيه يوم المساقاة ولكن لو أخرجهم قبل ذلك ثم دفع الحائط مساقاة لم يكن بذلك بأس فعلى هذا انما يكون اشتراط العامل لهم على وجه رفع الالباس على حسب ما قال ان من استأجر راعيا يرعى له غنمه سنة انه يجب أن يشترط أن الغنم ان ماتت كان عليه أن يرعى له مثلها وهذا لو لم يشترطه لكان هذا حكمه ويحتمل أيضا أن يكون على وجه اقرار رب الحائط له بانهم فى حائطه عند عقد المساقاة وقد روى عيسى عن ابن القاسم فى العامل يجهل فلا يستثنى ما فى الحائط من دواب ورقيق ويقول صاحب الحائط انما ساقيتك بغير دواب ولا رقيق انهما يتحالفان ويتفاسخان قال الشيخ أبو محمد انظر هذا وهو لا يجوز عنده اخراج دوابه فقد صار مدعيا لما لا يجوز * قال القاضى أبو الوليد ومعنى المسئلة عندى على أصل ابن القاسم أن يجهل العامل فلا يقر صاحب الحائط على انهم فى الحائط يوم المساقاة ولا يشهد عليه بذلك ويعتقد انهم فى الحائط وانهم له بمجرد العقد على الواجب فى ذلك ثم اختلفوا فقال صاحب الحائط لم يكونوا فى الحائط يوم العقد وقال العامل بل كانوا فيه فانهما يتحالفان ويتفاسخان وقد روى ابن مزين رواية عيسى عن ابن

﴿ الشرط فى الرقيق فى المساقاة ﴾
* قال يحيي قال مالك ان أحسن ما سمع فى عمال الرقيق فى المساقاة يشترطهم المساقى على صاحب الأصل انه لا بأس بذلك لأنهم عمال المال فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل الا أنه يخف عنه بهم المؤنة وان لم يكونوا فى المال اشتدت مؤنته وانما ذلك بمنزلة المساقاة فى العين والنضح ولن تجد أحدا يساقى فى أرضين سواء فى الاصل والمنفعة احداهما بعين واثنة غزيرة والاخرى بنضح على شئ واحد لخفة مؤنة العين وشدة مؤنة النضح قال وعلى ذلك الأمر عندنا قال والوائنة الثابت ماؤها التى لا تغور ولا تنقطع

القاسم فقال يتحالفان ويتفاسخان الآن بمضى رب الحائط الرقيق فتلزم المساقاة الى أجلها وهذا يدل على صحة العقد على حسب ما قلناه وقد اختلف أصحابنا فى أصل هذه المسئلة واطلاق عقد المساقاة فقال عيسى بن دينار وابن نافع فى المدنية لا يكون الرقيق والدواب للعامل الا بالشرط والعقد لازم صحيح وفى الواضحة ان ما فى الحائط من الاجراء والدواب والدلاء والحبال والاداة من حديد وغيره مما يكون فيه يوم السقاء يستعين به العامل وان لم يشترطه وقال محمد بن المواز ان اشترط ذلك رب الحائط لم يجز واحتج عيسى لقوله بان لصاحب الحائط أن يقول لو اشترطتهم على ما ساقيتك الاعلى أقل من هذا الجزء وهذا يقتضى ان له أن يساقيه على اخراج الرقيق والدواب وقول ابن القاسم مبنى على أن ذلك لا يجوز وقد احتج له بما تقدم (فرع) فاذا قلنا لا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط اخراجهم فان شرط رب الحائط اخراج من فيه من الرقيق والدواب ففى الموازية ان عمل على هذا فللعامل أجر مثله وروى عيسى عن ابن القاسم فى المدنية له مساقاة مثله قال محمد بن المواز قد كان يقوله ثم رجع الى أجر مثله وأما لو اتفقا على انهم كانوا فى الحائط يوم العقد فان صاحب الحائط ان ادعى انه قد شرط اخراجهم لم يخل من ثلاثة أحوال إما أن يوافقه العامل على ذلك فيفسد العقد فيفسخ قبل العمل ويرد بعد العمل الى أجر مثله واما أن ينكر العامل ويدعى انه قد شرط ابقاءهم فالقول قول العامل وكذلك لو لم يدع العامل شيأ أكثر من انه أنكر الشرط لانه يدعى الصحة وصاحب الحائط يدعى الفساد ولو أقر صاحب الحائط انه لم يشترط شيأ وادعى انه اعتقد اخراجهم لم ينظر الى ما ادعاه وكانوا للعامل والله أعلم (مسئلة) ولو كان فى الحائط اجراء فأجرتهم على صاحب الحائط ووجه ذلك ان الحائط انما أخذه العامل مساقاة على صفته التى هو عليها حين العقد وانما يكون على تلك الصفة بعمل العمال من الرقيق والاجراء والدواب فلا يجوز اخراج شئ من ذلك عنه كما لا يجوز أن يدفع اليه حائطه مساقاة ويستثنى ماءه الذى يسقى وحيى به (مسئلة) ومن مات من الرقيق والاجراء والدواب ممن هو لصاحب الحائط فعليه خلف ذلك قاله مالك فى المدونة زاد فى غيرها وان لم يشترط العامل ذلك عليه ووجه ذلك أن بقاءهم فى الحائط شرط فى صحة المساقاة فلا يجوز أن يخلو وقت من أوقات المساقاة منهم فلا يتعلق العقد بأعيانهم الا مع بقائهم فان عدموا لزم صاحب الحائط الاتيان بعوضهم ولم يكن ذلك بمنزلة العبد المستأجر بعينه على الخدمة فان الاجارة تبطل بموته والفرق بينهما على وجهين أحدهما أن يكون العقد انما يكون يقع على عمل فى ذمة صاحب الحائط ولكن تعين لهؤلاء الاجراء والعمال والدواب بالتسليم واليد كالذى يكترى راحلة مضمونة ثم يسلم احدى رواحله الى الراكب فانه ليس له أن يبدلها والثانى أن يتعين الرقيق والدواب بالعقد ويكون على صاحب الحائط خلف ذلك ان تلف بمقتضى العقد لان عمل الرقيق ليس بمقصود بالعقد والعقد ثابت بموت من مات منهم فلذلك لزم العوض فيهم (فرع) وهذا اذا كان الأجير مستأجرا لجميع العام وان كان مستأجرا لبعضه فلم أر فيه نصا ❊ وعندى ان عليه أن يعوض منه من يتم العام لانه لو مات للزمه ذلك فكذلك اذا انقضت مدة اجارته ولا يمنع ذلك صحة العقد لان عمل الأجير فى الحائط متعلق بذمة صاحب الحائط أو بمعنى ما يتعلق بذمته (مسئلة) ولو استعمل ما فى الحائط من الحبال والدلاء والآلة حتى خلق ولم تكن فيه منفعة فعلى العامل خلف ذلك ولو سرق ذلك لكان على صاحب الحائط خلفه بمنزلة الرقيق والدواب لتلك وقد رأيته لبعض العلماء من شيوخنا وقد قيل فيه غير هذا ان على صاحب الحائط خلف ذلك فى الوجهين والأول عندى أظهر (مسئلة) ونفقة الاجراء والرقيق والدواب على

العامل دون صاحب الحائط بخلاف الأجرة ووجه ذلك ان الأجرة معنى لزم رب الحائط قبل عقد المساقاة وكذلك أثمان الدواب والرقيق وليس كذلك النفقة عليهم فانها معنى طرأ بعد عقد المساقاة وبه يتم العمل فكان ذلك على العامل لان جميع العمل الطارئ عليه (مسئلة) ولو شرط النفقة على صاحب الحائط لم يجز ذلك من الواضحة والموازية لان النفقة الطارئة بعد العقد على العامل

(فصل) وقوله لانهم عمال المال فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل الا بتخفيف العمل يريد انهم كانوا عمال المال قبل ذلك الى حين العقد فظهور المال وقوته وكثرة عمارته انما كان بعملهم ولهم فيه تأثير فكانوا بمنزلة الماء الذي به صلاح الحائط ونماؤه فلا يجوز لذلك اخراجهم من المال لان ذلك بمنزلة السقي وسائر ما يتصل الانتفاع به ولما كانت المساقاة تختلف بما آثره العامل في الحوائط فاذا قوى الحائط بالعمل وضعف بقلته كما يقوى بالسقي ويضعف بعدمه وتختلف رغبة العامل فيه بحسب اختلاف ذلك لم يجز اخراج الرقيق كما لا يجوز الاستمساك بالماء (فرع) وهذا اذا كان الرقيق والدواب في الحائط حين المساقاة وأما لو أخرجهم قبل ذلك لصحت المساقاة على استمساك صاحب الحائط لهم ومتى يكون اخراجهم يبيح الاستمساك لهم لم أر فيه نصا محررا

(فصل) وقوله ولن تجد أحدا يساقي في أرضين سواء في الأصل والمنفعة أحدهما بعين واثنة غزيرة والأخرى بنضح على شيء واحد يريد ان الارضين اذا تساوتا في طيب الارض وقوة النخل وكثرة غلتهما الا ان احداهما سقيها نضح مأمون غزير لا يتكلف عمل في اخراجه والسقي به والثانية سقيها نضح يتكلف فيه المؤنة يأخذهما نسقا واحدا في عقد بن الا أن يأخذ أحدهما لمكان الآخر في عقد واحد وذلك مما يدل على ان لخفة العمل وشدته تأثيرا مقصودا في المساقاة فلا يجوز أن يشترط منه الا ما كان عليه الحائط يوم المساقاة لان في اشتراط غير ذلك على العامل عملا لصاحب الحائط يعمله العامل في غير الحائط وفي اشتراط ذلك على صاحب الحائط اشتراط كثير العمل عليه وذلك كله غير جائز ومما يبين ذلك ويوضحه أن صاحب الحائط لو عمل في الحائط أقل السنة أو أكثرها ثم ساقاه على أن يعطيه العامل قيمة ما عمل في ذلك العام لم يجز ذلك فاشتراط العمال الذين في الحائط بمنزلة اشتراط قيمة ما عمل فيه وذلك كله غير جائز

(فصل) وقوله الواثنة الثابت ماؤها التي لا تغور ولا تنقطع الرواية المشهورة عن يحيى وغيره الواتنة بالتاء المعجمة بنقطتين وقال أبو عبيد في الغريبين الواتن الدائم وفي الحديث اما تيماء فعين جارية وأما خيبر فماء واتن ولم يذكر واثنا بالثاء المعجمة بثلاث نقط وحكى صاحب العين الواثن المقيم بالثاء بثلاث نقط ولم يذكر واتنا بالتاء المعجمة بنقطتين فعلى هذا تصح الروايتان وأما ابن عمر فقال واثنة ولم يذكر التفسير ص ✱ قال مالك وليس للمساقي أن يعمل بعمال المال في غيره ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه ✱ ش قوله وليس للمساقي أن يعمل بعمال الحائط في غيره يريد من وجد في الحائط من الرقيق فاشترطهم حين العقد أو وجب له ذلك بمجرده فانه ليس له أن يستعملهم في غير ذلك الحائط يريد من حوائطه التي يملكها أو حائط رجل أجنبي اتخذها مساقاة أو عمل فيها بأجرة وأما ان كان الرقيق للعامل فله أن يستعملهم حيث شاء ويستبدل بهم كيف شاء لانه انما عليه العمل في الحائط على صفة معلومة فعليه أن يأتي بها على كل حال ويعمل من شاء

(فصل) وقوله ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه يريد انه لا يجوز له أن يفعل ذلك بغير شرط في العقد فان فعل منع من ذلك ولا يفسد العقد ولا يتغير شيء منه ولا يجوز أن يشترط ذلك زاد في الواضحة ويفسد هذا الشرط المساقاة لان اشتراط الزيادة فيها ينافي صحتها (فرع) فان شرط ذلك وفسدت

✱ قال مالك وليس للمساقي أن يعمل بعمال المال في غيره ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه

المساقاة وفاتت بالعمل فقياس قول ابن القاسم أن يرد الى أجرة مثله ص ﴿قال مالك ولا يجوز للذى ساقى أن يشترط على رب المال رقيقا يعمل بهم فى الحائط ليسوا فيه حين ساقاه اياه ﴾ش قوله لا يجوز للذى ساقى أن يشترط على رب المال رقيقا ليسوا فى الحائط يريد أن يشترط عملهم فى حائط المساقاة لان ذلك ازدياد يزداده العامل على رب الحائط مما يلزم العامل ولا يجوز أن يشترط منه ماله قيمة لان المساقاة مبنية على مساقاة ازدياد أحد المتساقيين على ما يقتضيه مطلق العقد ومطلق العقد يقتضى جميع العمل على العامل والأصل فى ذلك ما روى نافع عن ابن عمر ان اليهود سألت النبى صلى الله عليه وسلم ليقرهم على أن يكفوا العمل ولهم نصف الثمر فقال لهم النبى صلى الله عليه وسلم نقركم بها على ذلك ما شئنا ولاننا قد قدمنا انه لا يجوز اشتراط صاحب الحائط اخراج من فى الحائط من الرقيق والدواب فبأن لا يجوز للعامل اشتراط من ليس فى الحائط أحرى وأولى (فرع) وقد جوز مالك أن يشترط العامل من ذلك التافه اليسير قال فى المدونة كالعبد والدابة قال ابن القاسم وغيره وذلك فى الحائط الكبير فان كان الحائط صغيرا لم يجز ذلك عندى لانه يشترط عليه حينئذ جميع العمل ووجه الجواز فى الحائط الكبير لانه يجوز لكل واحد من المتساقيين أن يشترط على صاحبه اليسير مما يلزمه عمله كما يشترط صاحب الحائط على العامل سد الحظار والنفقة اليسيرة فى الظفيرة والقف (فرع) فاذا قلنا بجواز أن يشترط الغلام والدابة فان من حكم ذلك أن يشترط بقاءه فى الحائط مدة المساقاة وان مات أخلف ذلك رب الحائط قاله ابن القاسم فى المدونة وقال فى العتبية لو لم يشترط ذلك لم يجز ولو شرط رب الحائط أن يخلفه فقد قال فى الواضحة لا يجوز ذلك ووجه ذلك ما فيه من الغرر لان ما عقد اباق لا يبطل بموت الغلام فاذا لم يكن عليه خلفه فقد اشترط عمله مدة مجهولة وذلك غير جائز (مسئلة) ولا يجوز أن يشترط على صاحب الحائط غلامه معه قاله ابن القاسم فى المدونة وقال سحنون اذا كان الحائط كبيرا يجوز اشتراط الغلام فيه جاز اشتراط عمل رب الحائط فيه وجه قول ابن القاسم ان من حكم المساقاة أن يكون الحائط بيد العامل كالقراض وعمل رب الحائط يمنع من ذلك ووجه قول سحنون ان هذا اشتراط عمل عامل واحد فى حائط كبير فجاز ذلك كما لو اشترط عمل أجير (فرع) فان قلنا بقول ابن القاسم فعمل على ذلك ففى المدونة يرد الى مساقاة مثله وقال ابن المواز يرد الى اجارة مثله ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن مالكا قد أجاز اشتراط عمل الدابة والغلام فأشار بذلك الى أنه مكروه من أجل اليد وانه ليس من الحرام لما جوز ذلك ما هو فى معناه ووجه قول ابن المواز انه مساقاة تزيل يد العامل فردت الى الاجارة كما لو شرط صاحبه بقاء الحائط فى يده ص ﴿ قال مالك ولا ينبغى لرب المال أن يشترط على الذى دخل فى ماله بمساقاة أن يأخذ من رقيق المال أحدا يخرجه من المال وانما مساقاة المال على حاله الذى هو عليه قال فان كان صاحب المال يريد أن يخرج من رقيق المال أحدا فليخرجه قبل المساقاة أو يريد أن يدخل فيه أحدا فليفعل ذلك قبل المساقاة ثم يساقى بعد ذلك ان شاء ﴾ ش قوله لا ينبغى لرب المال أن يشترط على العامل اخراج أحد من رقيق المال يريد ان حكم المساقاة ابقاء من كان من خدام المال يوم المساقاة لان المساقاة انما تكون فيه على حاله الذى هو عليه يوم العقد لان بعمل العمال صار على الصفة التى يتراضيان عليها وباخراج المعين عن الحائط نقص عن تلك الصفة فصارت بمنزلة استثناء شئ من الحائط الذى يعمل فى جملته وقد جوز ذلك ابن نافع وقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله وان كان صاحب المال يريد أن يخرج من الرقيق أحدا فليخرجه أو يدخل فيه أحدا فليدخله قبل المساقاة ثم يساقى على ذلك ان شاء يريد ان له أن يخرج الرقيق منه أو يدخل

* قال مالك ولا يجوز للذى ساقى أن يشترط على رب المال رقيقا يعمل بهم فى الحائط ليسوا فيه حين ساقاه اياه * قال مالك ولا ينبغى لرب المال أن يشترط على الذى دخل فى ماله بمساقاة أن يأخذ من رقيق المال أحدا يخرجه من المال وانما مساقاة المال على حاله الذى هو عليه قال فان كان صاحب المال يريد أن يخرج من رقيق المال أحدا فليخرجه قبل المساقاة أو يريد أن يدخل فيه أحدا فليفعل ذلك قبل المساقاة ثم يساقى بعد ذلك ان شاء

فيه من غير رقيقه من لم يكن فيه العدد الكثير الذى لا يجوز أن يشترط العامل ممن ليس فى الحائط

ص ﴿ قال ومن مات من الرقيق أو غاب أو مرض فعلى رب المال أن يخلفه ﴾ ش قوله ومن مات من الرقيق يريد من رقيق الحائط الذين كانوا فيه يوم العقد أو شرط العامل فى العقد فمن لم يكن فيه كالدابة والأجير فى الحائط الكبير فمن مات منهم أو غاب بإباق أو مرض فعلى رب الحائط خلفه يريد أن يعوض منه وكذلك كل ما يمنع من خدام الحائط من العمل لانه اذا انعقدت المساقاة على تخفيف العمل عنه مدة المساقاة ويصح أن يتعلق بأعيانهم ويلزم صاحب الحائط العوض منهم ان تعذر ذلك منهم لان العقد لا يتناولهم لان عملهم ليس بعوض فيه وانما هو مستثنى مما يلزم العامل ويلزم صاحب الحائط أن يأتى بهم وان كان يلزمه فى ذلك من الاجر أكثر من حصته من ثمر ذلك العام بخلاف أرض السقى بغور ماء بئرها بعد الزراعة فان على صاحبها أن ينفق فيها كراء سنة لا زيد على ذلك وكذلك المساقاة يغور بئر الحائط أو ينهار فان للعامل أن ينفق فى ذلك قيمة حصة رب الحائط من ثمرة ذلك العام لا زيادة على ذلك (فرق) فعلى هذا ما تقدم من ذلك على ثلاثة ضرب ضرب لا يلزم صاحب الحائط والدار أن ينفق فيه قليلا ولا كثيرا كبنيان الدار المكتراة وغور العين للارض المكتراة قبل الزراعة والضرب الثانى يلزم صاحب الحائط أن ينفق فيه منفعة سنة كالنفقة على عين الارض المكتراة أو الحائط المساقى والضرب الثالث يلزمه أن يعيده الى ما كان بلغ ذلك ما بلغ كرقيق حائط المساقى ودوابه والفرق بينه وبين البئر والعين ان الرقيق والدواب من جنس ما يلزم العامل الاتيان به من عمل الحائط وانما لزم بقاؤهم فى الحائط لسقى الحائط على صفته التى كان عليها ثم على العامل عمل ما زاد على ذلك فاذا زالوا من الحائط لم يكن العامل عمل ما زاد على عملهم مع عدم عملهم وكان ذلك بمنزلة صاحب العلو والسفل يلزم صاحب السفل أن يبنى أو يبيع ممن يبنى لتمكن صاحب العلو من عمله لانه لا يمكنه العمل دون أن يبنى صاحب السفل فيلزمه اعادة عمله على ما كان بالغا ما بلغ وليس كذلك ماء العين فليس من جنس ما يلزم العامل الاتيان به فاذا لم يكن تعلق به حق العامل لم يلزم صاحب الحائط الاتيان به ليستوفى للعامل منفعة واذا تعلق به حق العامل بالعمل والزراعة فى اكتراء الارض ولم يتعلق اصلاح ذلك بذمته وانما تعلق بما لصاحب الارض فى ذلك (مسئلة) ومن أدخله العامل فى الحائط من غلام أو أجير أو دابة فتعذر عليه بموت أو غيبة أو مرض فعلى العامل عوضه لان المساقاة انعقدت على أن عليه ذلك العمل فى جميع مدة المساقاة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب كراء الأرض)

﴿ ماجاء فى كراء الأرض ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن حنظلة بن قيس الزرقى عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قال حنظلة فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق فقال أما بالذهب والورق فلا بأس به * مالك عن ابن شهاب أنه قال سألت سعيد بن المسيب عن كراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس به * مالك عن ابن شهاب أنه سأل سالم بن عبد الله عن كراء المزارع فقال لا بأس بها بالذهب والورق قال ابن شهاب فقلت له أرأيت الحديث الذى يذكر عن رافع بن خديج فقال أكثر رافع ولو كان لى مزرعة أكريتها ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع عام فى كل ما تكرى به الا ما خصه الدليل فأتى من ذلك المنع

قال ومن مات من الرقيق أو غاب أو مرض فعلى رب المال أن يخلفه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب كراء الأرض)

﴿ ماجاء فى كراء الأرض ﴾

* حدثنا يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن حنظلة بن قيس الزرقى عن رافع ابن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قال حنظلة فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق فقال أما بالذهب والورق فلا بأس به * وحدثنى مالك عن ابن شهاب انه قال سألت سعيد بن المسيب عن كراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس به * وحدثنى مالك عن ابن شهاب انه سأل سالم بن عبد الله عن كراء المزارع فقال لا بأس بها بالذهب والورق قال ابن شهاب فقلت له أرأيت الحديث الذى يذكر عن رافع بن خديج فقال أكثر رافع ولو كان لى مزرعة أكريتها

فى الجملة ذهب طاوس فى أحد قوليه وذهب فقهاء الأمصار الى تجويز ذلك ووجهه ان الراوى للمنع باللفظ العام لم ينقل لفظ النبى صلى الله عليه وسلم وانما أخبره عنه وهو الذى أخبر بأن ذلك مقصور على غير الذهب والورق ومن جهة المعنى انه لو لم يجز استئجارها لمنفعتها المقصودة لجازت المساقاة فيها كالنخل ولما لم تجز المساقاة فيها جاز استئجارها كالدواب وسائر ما يستأجر

(فصل) وقول حنظلة فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق فقال أما بالذهب والورق فلا بأس به يقتضى اباحة ذلك بالذهب والورق وقد ذهب الى اباحته بغير الذهب والورق مالك وفقهاء الأمصار غير ربيعة فانه منعه بغير الذهب والورق والدليل على ما نقوله ان ما جاز استئجاره بالذهب والورق جاز استئجاره بالحيوان والثياب كالرواحل فاذا ثبت ذلك فانه يجوز استئجاره بكل ما ليس بمطعوم ولا ثابت فى الأرض على مذهب مالك ورواية ابن القاسم عنه وقد تقدم ذكر ما لأصحابنا وغيرهم فى ذلك من الاختلاف مما لا يليق بهذا المختصر

(فصل) وقول ابن شهاب لسالم وقد قال له يجوز كراؤها بالذهب والورق رأيت الحديث الذى يذكر عن رافع بن خديج يريد قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء المزارع ويتناول عموم ذلك المنع من كرائها بذهب وورق وغيره فقال له سالم أكثر رافع يريد انه روى من النهى ما منع منه وما لم يمنع وان النهى انما توجه الى منفعة بغير الذهب والورق لكن رواه بلفظ العموم أو نقل اللفظ على ما سمعه ولم ينقل معه ما يمنع حمله على العموم من العرف والعادة أو ما يوجب التخصيص ويدل عليه

(فصل) وقوله ولو كانت لى مزرعة أكريتها على معنى تجويز الكراء فى الجملة لا على معنى تجويز كرائها بكل عوض وانما يقتضى ذلك انه يرى اكتراءها جائزا فى الجملة ثم ينظر فى العوض الذى روى عنه أنه جوز ذلك بالذهب والورق وسكت عن اكترائها بغير ذلك وقد روى نافع عن عبد الله بن عمر كان يكرى مزارعه على عهد النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم وصدرا من امارة معاوية ثم حدث رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع فذهب ابن عمر الى رافع وذهبت معه فسألته فقال نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن كراء المزارع فقال ابن عمر قد علمت أنا كنا نكرى مزارعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما على الأربعاء وشئ من التبن وروى ابن شهاب عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر قال كنت أعلم فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الارض تكرى ثم خشى عبد الله أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قد أحدث فى ذلك شيأ لم يكن علمه فترك اكتراء الارض فقال ابن عمر لرافع ابن خديج قد علمت انا كنا نكرى مزارعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما على الأربعاء وبشئ من التبن ليس فيه ان النبى صلى الله عليه وسلم علم به فأقره بل هو نفس المنهى عنه والمتفق عليه على المنع منه وقد روى رافع بن خديج عن عمه انهم كانوا يكرون الارض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ينبت على الأربعاء أو شئ يستثنيه صاحب الارض فنهانا النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقد تناول نهى النبى صلى الله عليه وسلم ما كان ابن عمر يفعله الآن ابن عمر لم يكن علم بنهيه عن ذلك قال الليث فى هذا الحديث وكان الذى نهى عنه من ذلك ما لو نظر فيه ذو الفهم بالحلال والحرام لم يجزه لما فيه من المخاطرة وقد بين علة ذلك رافع بن خديج من رواية يحيى بن سعيد عن حنظلة الزرقى عن رافع قال كنا أكثر أهل المدينة حقلا وكنا نكرى الارض بالناحية منها مسماة لسيد الارض فمما يصاب ذلك وتسلم الارض ومما تصاب الارض ويسلم ذلك فنهاهم النبى صلى

الله عليه وسلم ولعل ابن عمر لما بلغه نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك امتنع منه وجوزه بالذهب والورق على ماجوزه ابنه سالم ويحتمل أن يكون امتنع منه جملة لما خشي أن يكون حدث من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك منع عام والله أعلم ص * مالك انه بلغه ان عبد الرحمن بن عوف تكارى أرضا فلم تزل في يديه بكراء حتى مات قال ابنه فما كنت أراها الا لنا من طول مامكثت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته فأمرنا بقضاء شئ كان عليه من كرائها ذهب أو ورق قال مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه كان يكرى أرضه بالذهب والورق * ش قوله ان عبد الرحمن بن عوف كان يكارى أرضا فلم تزل في يديه حتى مات يحتمل انه كان اكتراها مساقاة وذلك بان يكريها منه بدينار في كل عام ولا يحد في ذلك أعواما ولكنه يطلق فيها القول وهذا عند مالك جائز ومنع منه الشافعي وقال هو باطل والدليل على مانقوله ماروى ابن عمر ان اليهود سألوا النبي صلى الله عليه وسلم أن يقرهم على ان يكفوا العمل ولهم شطر الثمرة فقال نقركم على ذلك ماشئنا وهذا نص في موضع الخلاف ومن جهة المعنى ان ماجاز العقد على واحد منه غير معين جاز العقد على جملة منه غير مقدرة كما لو قال اشترى منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانما يلزم هذا الكراء مامضى وللمكترى أن يخرج متى شاء ولصاحب الارض أن يخرجه متى شاء رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية لان عدم التقدير في الكراء ينافي اللزوم ولانه لو لزم لتأبد وذلك مناف للكراء ولا يلزم منه الا وجيبة واحدة في المشهور من المذهب وهذا اذا قال كل شهر بدرهم أو كل سنة بدرهم أو في السنة بكذا أو في الشهر بكذا رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك وروى في كتاب محمد أو الشهر وفي الواضحة لمطرف وابن الماجشون وروايتهما عن مالك انه اذا قال كل شهر أو الشهر أو في الشهر بكذا فالشهر الاول لازم ومازاد على ذلك فلكل واحد منهما نقضه في أول الشهر كان أو آخره ووجه رواية ابن القاسم انه شهر لم يتعين الا كتعيين غيره فيجب أن لا يكون لازما كالثاني ووجه رواية ابن الماجشون ان ماقدر به الكراء أقل مايجب لزومه بالعقد لان العقد مقتضاه اللزوم ومازاد على ذلك فلم يتناوله اللزوم ولانه زائد على ماقدر به الكراء (فرع) فان نقده الكراء فقد لزمه مقدار مانقده منه لان النقد قد قطع ما احتمله اللفظ من الخيار وأخرجه الى اللزوم في ذلك القدر ولو اكترى منه سنة معينة على أن يخرج متى شاء جاز (مسئلة) ولو عقد الكراء بانى قد اكتريت هذه الارض سنة أو هذه الدار شهرا فهو جائز لكون المدة من وقت الكراء ويكون ذلك بمنزلة التعيين للسنة وان كانت دارا ففي المدونة انا اكتراها سنة ولم يسم متى سكنها فان ذلك جائز فان اكتراها بعد مضى عشرة أيام من السنة فانه يحسب بقية هذا الشهر الذي ذهب بعضه ثم يحسب أحد عشر شهرا بعده بالاهلة ثم يتم على الأيام الاولى شهرا ثلاثين يوما فيكون من هذا العام شهر واحد على الأيام واحد عشر شهرا بالاهلة وأما ان كانت أرضا فان كانت من الارض التي تزرع العام كله فيها البقول والخضر فيصح أن يكترى مشاهرة ومساناة وان كانت خالية من الزرع فأول سنتها من يوم العقد وان كان فيها خضرة أو زرع فمن وقت تخلو وآخر عامها على ذلك على مثل ماتقدم من الدور الا أن يكون لاهل بلد عرف في الكراء بالشهور العجمية في الارض فيكون اطلاق الكراء يقتضي ذلك وان كانت من الارض التي انما تزرع مدة كارض النيل وماأشبهها فاول سنتها وقت زراعتها ووقت الزرع للحرث ان كانت أرضا يقدم لها الحرث وآخر عامها على ماقاله في المدونة رفع الزرع فان بقي من العام شهر أو شهران ومالا ينتفع فيه بالزرع فليس للمكترى أن يحرث فيها زرعا الا بكراء مؤتنف ولا يحط عنه لما بقي شئ ولربها حرثها لنفسه وليس للمكترى

* وحدثني مالك انه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف اتكارى أرضا فلم تزل في يديه بكراء حتى مات قال ابنه فما كنت أراها الا لنا من طول مامكثت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته فأمرنا بقضاء شئ كان عليه من كرائها ذهب أو ورق * وحدثني مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه كان يكرى أرضه بالذهب والورق

منعه لانه مضار ولو زرعها المكترى وهو يعلم ان الوجيبة تنقضى قبل تمام زرعه بالأيام والشهر فربها مخير ان شاء حرث أرضه وأفسد زرعه وان شاء أقره وأخذ بالأكثر من كراء المثل وبحساب كراء الوجيبة قاله ابن حبيب ووصف ذلك كله انه منعه من الزراعة لانقضاء عامه (فرع) فان كانت من الارض التى تزرع العام كله وأتى آخر العام وللمكترى فيها زرع أو بقل فقد قال مالك ليس لصاحب الارض قلعه وزرعه ولا يقلعه ويترك ذلك حتى يتم ولرب الارض كراء مثل أرضه على حساب ما كان اكتراها منه واختلف شيوخنا فى تأويل هذا اللفظ فقال بعض أهل بلدنا ان ظاهر اللفظ انه متضاد لان كراء مثل أرضه مفهومه ما يساوى أرضه كان ذلك أقل من حساب ما اكترى أو أكثر وقوله على حساب ما كان اكتراها يقتضى الاعتبار بما تقدم من عقدهما سواء كان ذلك أقل من كراء مثلها أو أكثر قال ولكن له فى المسئلة قولان أحدهما كراء المثل والثانى له كراء من حساب ما كان اكترى وقال بعض القرويين قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والصحيح عندى من ذلك ان معنى هذا الكلام ان عليه كراء مثل تلك المدة لان أوقات السنة تختلف فى كثرة الكراء وقلته ولذلك قال مالك ليس كراؤها فى الشتاء والصيف واحدا فكراء مثل أرضه انما أراد من الأرض التى تستعمل السنة كلها فيعتبر كراؤها فى مثل ذلك الوقت من السنة ولكنه على حساب ما اكترى فان اكتراها منه بعشرة دنانير وتلك المدة وان كانت شهرا واحدا لحصته من كراء السنة الربع لرغبة الناس فيه واخر وقت الغلة فيكون عليه ديناران ونصف وانما جاز له أن يعتبر بما عقد عليه من الكراء كان أكثر من كراء المثل أو أقل وان كانت المدة خارجة عن العقد لانه زرع فى وقت كان له العمل لانها مدة قد استحقها بالكراء ولا فائدة لها الا الزرع فلذلك أسندت المدة المستقبلة الى هذه الاولى لانها بسببها ثبتت ولولا ذلك لكانت مدة تعد وظلم يكون لصاحب الأصل فيها كراء المثل أو يأمره بقلع ما زرع وهذا موضع الخلاف فان الغير يقول لم يكن للمكترى أن يزرع حال لم يبق له من شهوره مدة يتم فيها زرعه فاذا زرع فقد تعدى فى بقية المدة فعليه كراء المثل الا أن يكون أقل مما يجب له على حساب ما مضى فعليه الأكثر لانه راض اذا عملها بحساب ما مضى وفى الواضحة أن المكترى أرض المساقاة قبل أن يعمد الى انقضاء الوجيبة فجاز ذلك بأيام أو شهر فله كراء ذلك على ما ذكرناه يريد الأكثر من كراء المثل أو على حساب ما كان اكترى وان علم انه لا يبلغ تمامه الا بالوجيبة بأمر بعيد فلرب الأرض أن يقلع أو يترك وله الأكثر من كراء الوجيبة أو كراء المثل فقال فى أول المسئلة له أن يعمد الى انقضاء الوجيبة ثم حكم فى ذلك بحكم المنع وانما تحقق القول على مذهبه أن له أن يعمد ما تيقن ان زرعه تتم قبل انقضاء الوجيبة ولو تبايعا عند الزراعة لوجب أن تكرى الأرض ويكون لكل واحد منهما من الكراء بقدر ماله من المدة (مسئلة) ولو اكترى أرضا سنين فغرسها فانقضت المدة وفيها شجر المكترى فان لصاحب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة أو يأمر المكترى بقلعها ولو انقضت المدة وفيها زرع لم يكن لصاحب الأرض أن يأخذه بقيمته ولا أن يأمره بقلعه والفرق بينهما ان الزرع له أمر يكمل فيه وتخلو الأرض منه فلذلك كان لصاحبه أخذه لانه مما ينقل ويحول والشجر أصل ثابت فلو لزم بقاؤه فى الأرض لاستحق صاحبه الأرض بغير عوض ولخرج عن حكم الكراء الذى مقتضاه أن ينقضى بانقضاء أمد الى حد الاستحقاق فى الثمرة المؤبرة ولو كان فى الشجرة ثمرة مؤبرة لم يخل أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة فان كانت غير مؤبرة فقد قال غير واحد من القرويين ان كانت الشجرة غير مؤبرة

أجبر المكترى على قلع شجره وان كانت مؤبرة لم يجبر على قلعه وكان له ابقاؤها حتى تتم ثمرتها
(مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الأرض على ضربين مأمونة وغير مأمونة فأما المأمونة فهى أرض
النيل قال مالك وليس أرض المطر عندى بينا كبيان أرض النيل وان كانت لا تكاد تخلف
فالنقد جائز خلافا لعمر بن عبد العزيز فى أرض النيل والدليل على ما نقوله ان الغالب من منافعها
الاستيفاء فجاز الكراء فيها كسكنى الدور قال مالك وأصحابه وكذلك أرض الآبار والأنهار لانها
لاتكاد تخلف الا فى الغب (مسئلة) وأما أرض المطر فان كانت لاتخلف فقد قال مالك
لابأس به والنيل أبين وبه قال ابن عبد الحكم وأصبغ وابن الماجشون وقد قيل لهما ان أرض الأندلس
أرض مطر ولاتكاد تخلف فقالوا لا ينعقد فيها حتى يأتيها المطر الذى يحرث عليه ولا ينتظر بها
الرواء بخلاف أرض النيل * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى ان معنى المأمونة
عند مالك أن تكفيها سقية واحدة تروى بها كأرض النيل فأما أرض المطر فلا يكفيها
الا المطر المتكرر ولو أراد أن المأمونة هى التى لا ينقطع عنها السقى بوجه لم تكن أرض النيل
بمأمونة فانه قد ينقطع عنها السقى كما ينقطع المطر عن أرض المطر لكنها تفارقها لما قدمناه (مسئلة)
وأما الأرض التى ليست بمأمونة فلا يجوز النقد فيها بشرط عند العقد خلافا لأبى حنيفة والشافعى
والدليل على ما نقوله انه لما كانت منفعتها المقصودة منها لا تتم الا بالمطر لم يجب له كراء الأرض
الا مع المطر ولما كان عدمه معتادا لم يجز النقد لان بعدم المطر يجب رده فيكون تارة كراء
ان نزل المطر وتارة سلفا ان عدم المطر (فرع) فان نقد بشرط فقد روى فى العتبية حسين بن
عاصم فيمن اكترى أرضه عشر سنين وهى أرض مطر وانتقد فان لم تكن مأمونة فهى كراء
وسلف يفسخ مالم يفت فان حرثها لقليب أو زرع فذلك فوت ويقاصه بكراء سنة بعينها من سائر
السنين من الثمن الذى قبض ويرد ما بقى ووجه ذلك انه ان كان نقده بشرط لم يجز لانه سلف
جر منفعة وان نقده بغير شرط فقد أطلق اللفظ فى المسئلة والأظهر الجواز وان كان بشرط ذلك
فهو عقد فاسد فيفسخ مالم يفت فان فات بالعمل لزمه بكراء المثل فيقاصه كما تقدم فى كراء سنة معينة
لانه فيها ولا يقضيه غيرها او يترك ذلك دينا عليه يأخذ به منفعة أرض فيؤدى الى فسخ دين فى دين
(مسئلة) فان أطلق العقد فى كراء الارض فمتى يلزم النقد رأيت لأبى محمد عبد الحق أن كراء
الارض على ثلاثة أوجه فأما أرض المطر فلا يلزمه أن ينقد حتى يتم زرعه وأما أرض النيل والمأمونة
من المطر فينقده اذا رويت وأما أرض السقى التى تزرع بطونا فينقده عند ابن القاسم عند تمام
كل بطن ما ينوبه وعند أشهب عند ابتداء كل بطن ما ينوبه ولا فرق بين الاول والثانى عندهما
* قال القاضى أبو الوليد ويحتاج هذا الى تأمل فانه قد ذكر فى المدونة انه لا يصلح النقد فى أرض
المطر الا بعد ما تروى وتمكن من الحرث وهذا لا يجوز أن يريد الا غير المأمونة فان المأمونة يصلح
النقد فيها قبل أن تروى ولكنه لعله أراد فى مسئلة المدونة الرى المبلغ وعلى ذلك تصح المسئلة
وانما يلزم النقد فى أرض النيل اذا رويت لأنها انما تروى مرة واحدة وبها يتم الزرع فما كان من
أرض المطر هذا حكمه فهى المأمونة عند مالك وما كان توالى المطر عليها معتادا لا يكاد أن يخلف
لكنه يحتاج الى تتابعه فى اتمام الزرع فلا يلزم النقد بنفس الرى الاول وانما يلزم النقد بالرى المبلغ
وأما أرض الخضر التى تزرع بطونا فقد قال أشهب يلزمه أن ينقد أول كل بطن ما ينوبه وقال ابن
القاسم ينقد عند تمام كل بطن ما ينوبه وان كانت من الارض التى يكفيها أول سقية لتمام البطن

فهي التي أراد أشهب لأنها بمنزلة أرض النيل اذا قصد بها الزرع وان كان يحتاج الى متابعة السقي فهي التي عناها ابن القاسم وسواء كان الماء من عين أو بئر وهي التي تشبه السكنى ووجه ذلك ان الارض اذا كان ما زرع فيها يتم بأول ري لزم النقد مع وجوده لأن الذي على صاحب الارض انما هو في أرضه فقد قبض ذلك المكري الارض اذا جعلناها قابضة فلزمه النقد وان كانت تحتاج الى توالي المطر وتتابعه فلم يقع الاستيفاء فيه فلم يلزم النقد وأما اشتراط الكراء فقد تقدم انه يجوز في الارض المأمونة من النيل والسيح أو المطر على أي وجه كان أمانها عند العقد وأما أرض المطر التي يتخلف مطرها فلا يجوز اشتراط قبض ذلك عند العقد (مسئلة) فاذا وقع العقد على الجائز من ترك اشتراط النقد فمتى ينقد فقد قال مالك لا يصلح النقد فيها الا اذا روي ت وذلك ينقسم قسمين فان كانت من أرض النيل فاذا قبض الارض وقدر ويت لزمه عند ابن القاسم نقد الكراء وان كانت من الارض التي لا يتم زرعها الا بالمطر أرض نيل كانت أو أرض مطر فانه لا ينقده الكراء حتى يتم وقال غيره اذا كانت مأمونة السقي وجب الكراء نقدا فوجه قول ابن القاسم ان الكراء انما يجب بتمام المنفعة وذلك انما يكون بالري المبلغ ووجه قول الغير ان المنافع المنتفية والتي ظاهرها والغالب فيها امكان القبض بمنزلة المقبوضة

(فصل) وأما كراء الارض فان كانت مأمونة فانه يجوز عقد الكراء قبل ابان الحرث وتكرى العشر سنين وأكثر ما لم يكثر ذلك فان كانت غير مأمونة كأرض المطر التي تروى مرة وتعطش أخرى فاجاز ان واتا كراءها قبل ابان الحرث اذا لم ينقد وقال غيره لا تكرى الا قرب الحرث مع وقوع المطر والري ويكون مبلغا له أولأكثره مع رجاء وقوع غيره ولا يجوز اكتراؤها أكثر من سنة واحدة وجه قول ابن القاسم أن عقد الكراء لا يمنع منه مخافة فوات المقصود التمكن من تسليم العين وانما يمنع من صحته تعذر تسليم العين فان ما يؤثر مخافة فوات المقصود من تعجيل النقد ووجه قول الغير ما احتج به من انه لا فائدة في هذا العقد قبل وقت العمل الا مجرد التحجير على صاحب الارض من البيع وغيره فوجب أن يكون ممنوعا منه وقول ابن القاسم أظهر (مسئلة) وقد قال مالك في المدونة لا أحب لأحد أن يتكارى أرضا لها ماليس في مثله ما يكفي زرعه قال ابن القاسم وانما كرهه من وجه الغرر والفرق بينه وبين أرض المطر أن هذا انما يدخل من الماء على قدر ما يرى فان كان فيه ما يبلغ زرعه والا فلا شئ له غيره وأرض المطر ان لم يأت من المطر ما يبلغ زرعه والا سقط عنه الكراء قال ولو تكاريا على انه لم يكفه ما رأى من الماء رجع عليه بالكراء فانه أيضا خطأ ولأن صاحب الأرض لو علم أن ذلك الماء يتم به الزرع لم يكره بأمثال ذلك يريد ان الماء معلوم وانما تخاطرا في تمام الزرع به أم لا وأما المطر فاؤه غير معلوم وانما يكترى على التبليغ ولا يعلم المكترى من حال المطر الا ما يعلمه المكترى فلم يكن ذلك من وجه الخطر المانع صحة العقد وهذا كبيع الآبق الذي لا يتيقن تسليمه أو بيع المهر الصعب المطلق فانه لا يجوز بيعه وان شرط انه لم يستطع قبضه رد اليه الثمن والله أعلم (مسئلة) ومن اكترى أرضا ليزرعها شعيرا فان أراد أن يزرع فيها حنطة فقد قال ابن القاسم في المدونة ان أراد أن يزرع فيها ما مضرته مضرة القمح وأقل جاز له ذلك وان أراد أن يزرع فيها ما مضرته أشد من مضرة القمح لم يكن له ذلك ووجه ذلك أن ما تستوفى به المنافع في الاجارات لا يتعين وانما تتعين العين التي يستوفى منها المنافع وجنس العين التي يستوفى بها كحمل الراحلة وانما تتعين الراحلة ويتعين جنس الحمل ليمتنع ما هو أضر منه ولا يمتنع

المكترى مماهومثله (فرع) فان زرعهاماضرره أكثرمن الشعيرفلربها كراء الشعير وقيمة الزيادة بالضرر قاله القاضى أبو محمد وقال الشافعى له كراء المثل ودليلنا على ذلك انه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه فلربه بقدر مازاد مع ماعقد به أصل ذلك اكتراء دابة من بغداد الى حلوان فيتعدى بها الى الرى فان له الاجرة من بغداد الى حلوان وكراء المثل من حلوان الى الرى (مسئلة) ومن اكترى أرضا سنين للزرع لها بئر أو عين فذهب ماؤها فان لم يكن له زرع انفسخ الكراء وليس له أن ينفق فى اصلاح ذلك كراء عامه ذلك ولا غيره قاله محمد بن المواز وعبد الملك بن حبيب وغيرهما ووجه ذلك انه لا يلزمه استدامة الكراء لعدم ما اكترى من الماء الذى تتم به المنفعة المقصودة كما لو اكترى دارا ليسكنها فانهدم بناؤها وليس له على صاحبها اصلاحها لانه لم يزرع فيها بعد فلم يتلف له الا مالا يترك الانفاق فيها قال ابن المواز فان أنفق فيها المكترى فهو مصدق ثم لا يلزم ذلك ربها الا أن يشاء فيؤدونه نقدا وان حبسه فى الكراء جاز قال ابن المواز فان أنفق فيها المكترى فهو مصدق ثم لا يلزم ربها ذلك ولم يكن دينا بدين (مسئلة) وان كان قد زرع الأرض فلا يخلو أن يكون فى كراء السنة الأولى مايصلح به مافسد من الماء أو لا يبلغ ذلك فان لم يبلغه فسخ الكراء بينهما قاله أبو محمد بن المواز وقال عبد الملك بن حبيب يقال للمكترى أنفق مازاد على أن رب المال مخير عليك بعد الوجيبة فى أن يأمرك بقلع مالك فيه من خشب أو حجر أو يعطيك قيمته وكلاهما يؤول الى معنى واحد لان معنى قول ابن المواز المكترى لم يرد أن ينفق مازاد على كراء السنة فاحتاج الى الزيادة ومعنى قول ابن حبيب انه أراد ذلك وبدأ بالانفاق وهو يظن بلوغ المراد على كراء السنة فاحتاج الى الزيادة (مسئلة) فاذا زرع لزم رب الارض العمل بكراء أول عام سواء انتقد أو لم ينتقد فان كان انتقد وأعدم به ففى الموازية قيل للمزارع أنفقه من مالك سلفا ان شئت ووجه ذلك أنه لما تعلق هذا الحق بانفاق هذا العام اختص به فان كان الكراء باقيا عند الزارع أنفقه وان كان عند صاحب الأرض لزمه انفاقه فان أعدم به كان لصاحب الأرض أن يسلفه اياه ويتبعه به فى ذمته (مسئلة) ويعلم كراء ذلك العام بتقويم السنين ان كانت تختلف فينفق مايصيب هذا العام وهو مذهب مالك فى المدونة قال محمد بن المواز يخرج من كراء الأرض لثلاث سنين ثلث الكراء ان اكتراه بالذهب أو الورق وان كان مؤخرا ولا يقوم العين وان كان عرضا فانما يخرج فيه كراء تلك السنة من الصفقة على أن يقبض الى أجله كما لو بيع (مسئلة) ولو أحب الزارع أن لا ينفق وسقط عنه الكراء فذلك له قاله مالك ووجه ذلك ان الحق ثبت له بالزراعة فكان له الخيار فى اقتضائه أو تركه وأما صاحب الارض فحاله قبل الزراعة أو بعده سواء (مسئلة) فان زرع وذهب بالعين أو البئر قبل تمام الزرع فهلك الزرع بذهاب الماء فلا كراء لصاحب الأرض فان كان أخذ الكراء لزم صاحب البئر أو العين رده وان كان لم يأخذه فذلك عن الزارع موضوع ولو هلك بعضه وكان قد حصد شيأ له قدر ومنفعة أعطى من الكراء بحساب ذلك وان لم يكن له قدر ولا منفعة لم يكن لرب الأرض من الكراء شئ قاله مالك فى المدونة (مسئلة) ولو كانت من أرض المطر فقد قال مالك فى المدونة ان لم يأته من المطر مايتم به زرعه فلا كراء عليه ولو كثر المطر فقتل الزرع فان كان فى ابان الحرث وفى وقت لو انقطع وزال الماء أمكنه أن يريد زراعتها فلم ينكشف الماء حتى مضت أيام الزراعة فلا كراء عليه لانه بمنزلة أن تغرق الأرض قبل الزراعة فيها فالكراء لازم قاله ابن القاسم وبعضه عن مالك (مسئلة) ولو غرقت الأرض بعد ابان الزراعة فقد قال مالك

ان زرع فجاءه برد فأذهب زرعه فان الكراء عليه وكذلك ان أصابه جراد أو جليد وغرقت الأرض في غير ابان الزراعة فتلف الزرع ص ﴿ قال يحيى وسئل مالك عن رجل أكرى مزرعته بمائة صاع من تمر أو مما يخرج منها من الحنطة أو من غير ما يخرج منها فكره ذلك ﴾ ش وهذا على ما تقدم انه لا يجوز كراء الارض بالحنطة لانها مما يخرج منها وكذلك سائر المطعومات ولا بأس أن تكرى الارض بأرض أخرى خلافا لابي حنيفة في قوله لا يجوز ذلك الا أن تكون المنافع من جنسين والدليل على ما نقوله أنهما منفعتان يجوز عقد الاجارة على كل واحدة منهما فجاز العقد على احداهما بالاخرى كما لو كانا من جنسين

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب القراض)

﴿ ما جاء في القراض ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش الى العراق فلما قفلا مرا على أبي موسى الاشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال بلى ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال الى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما فقالا وددنا ذلك ففعل وكتب الى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعا فأربحا فلما دفعا ذلك الى عمر قال أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما قالا لا فقال عمر بن الخطاب ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص المال أو هلك لضمناه فقال عمر أدياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا فقال عمر قد جعلته قراضا فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال ﴾ ش قوله رضي الله عنه ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكماه لم يرد بذلك احراز المال في ذمتهما وانما أراد منفعتهما بالسلف ومن مقتضاه ضمانهما المال وانما يجوز السلف لمجرد منفعة السلف لانه لمحض الرفق فاذا قصد المسلف منفعة نفسه دخل الفساد فاذا أسلف رجل رجلا مالا ليدفعه بغير ذلك البلد وقصد به منفعة المتسلف خاصة فهو جائز لاختصاصه بمنفعة المتسلف فان أراد رده اليه حيث لقيه ببلاد السلف أو غيره من البلاد التي يؤمن فيها أجبر المسلف على قبضه لان تأخير المسلف به الى بلد آخر دفعه خاصة فاذا أراد أن يعجله لزم المسلف قبضه كالاجل (مسئلة) فان أراد المسلف منفعته بالسلف بأن يقصد احراز ماله في ذمة المتسلف الى بلد القضاء كالسفاتج التي يستعملها أهل المشرق فالمشهور من مذهب مالك ان ذلك غير جائز وروى أبو الفرج جواز السفاتج ولعله أراد ما لم يقصد المسلف منفعة نفسه والأظهر منعها اذا قصد المسلف المنفعة التي قدمنا ذكرها (مسئلة) وسواء كان المسلف صاحب المال أو غيره ممن له النظر عليه من امام أو قاض أو وصي أو أب فلا يجوز للامام أن يسلف شيأ من مال المسلمين ليحرزه في ذمة المتسلف وكذلك القاضي والوصي في مال

* وسئل مالك عن رجل أكرى مزرعته بمائة صاع من تمر أو مما يخرج منها من الحنطة أو من غير ما يخرج منها فكره ذلك

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب القراض)

﴿ ما جاء في القراض ﴾

* حدثني مالك عن زيد ابن أسلم عن أبيه انه قال خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش الى العراق فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال بلى ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال الى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما فقالا وددنا ذلك ففعل وكتب الى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعا فأربحا فلما دفعا ذلك الى عمر قال أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما قالا لا فقال عمر بن الخطاب ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص المال أو هلك لضمناه فقال عمر أدياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا فقال عمر قد جعلته قراضا فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال

اليتيم وقد نص على ذلك أصحابنا فى مسئلة القاضى ووجه ذلك ان مالا يجوز للانسان فى مال نفسه من الارتفاق فانه يجوز له فى مال يلى عليه كالسلف بزيادة (فرع) فان وقع السلف لما ذكرناه فسخ فى الأجل والبلد وأجبر المتسلف على تعجيل المال وأجبر المسلف على قبضه وبطل الاجل به ذلك كله كالبيع بأجل على وجه فاسد فانه يصح معجلا

(فصل) اذا ثبت ذلك فان فعل أبى موسى الاشعرى هذا يحتمل وجهين أحدهما أن يكون فعل هذا على ماذكرناه لمجرد منفعة عبد الله وعبيد الله وجاز له ذلك وان لم يكن الامام المفوض اليه لان المال كان بيده بمنزلة الوديعة لجماعة المسلمين فاستسلفه وأسلفهما اياه وسيأتى بيان أحكام الوديعة فى الأقضية ولو تلف المال ولم يكن عند عبد الله وعبيد الله وفاء لضمنه أبو موسى والوجه الثانى أن يكون لأبى موسى النظر فى المال بالتثمير والاصلاح فاذا أسلفه كان لعمر بن الخطاب الذى هو الامام المفوض اليه تعقب فعله فتعقبه ورده الى القراض

(فصل) وقول عمر أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما قالا لا تعقب منه لافعال أبى موسى ونظر فى تصحيح أفعاله وتبيين لموضع المحظور منه لانه لا يخفى على عمر ان أبا موسى لم يسلف كل واحد من الجيش مثل ذلك وانما أراد أن يبين لابنيه موضع المحاباة فى موضع فعل أبى موسى فلما قالا لا أقرا بالمحاباة فقال ابنا أمير المؤمنين فاسلفكما يريد ان تخصيصهما بالسلف دون غيرهما انما كان لموضعهما من أمير المؤمنين وهذا مما كان يتورع منه عمر أن يخص أحدا من أهل بيته أو ممن ينتمى اليه بمنفعة من مال الله لمكانه منه وكان عمر رضى الله عنه يبالغ فى التوقى من هذا ولذلك قسم لعبد الله بن عمر أقل مما قسم لغيره من المهاجرين الأولين وكان يعطى حفصة ابنته مما يصلح الى أزواج النبى صلى الله عليه وسلم آخر من يعطى فان كان نقصان ففى حصتها

(فصل) وقول عمر أديا المال وربحه نقض لفعل أبى موسى وتغيير لسلفه برد ربح المال الى المسلمين واجرائه مجرى أصله قال عيسى بن دينار وانما كره تفضيل أبى موسى لولديه ولم يكن يلزمهما ذلك وعلى هذا قولنا ان أبا موسى استسلف المال وأسلفهما اياه لمجرد منفعتهما وان المال كان بيده على وجه الوديعة وأما اذا قلنا انه بيده لوجه التثمير والاصلاح فان لعمر تعقب ذلك والتكلم فيه والنظر فى ذلك لهما وللمسلمين بوجه الصواب ولم يختلف أصحابنا فى المبضع معه المال يبتاع به لنفسه ويتسلفه ان صاحب المال مخير بين أن يأخذ ما ابتاع به لنفسه أو يضمنه رأس المال لانه انما دفع اليه المال على النيابة عنه فى عرضه وابتياع ما أمره به وكان أحق بما ابتاعه به وهذا اذا ظفر بالامر قبل بيع ما ابتاعه فان فات ما ابتاعه به فان ربحه لرب المال وخسارته على المبضع معه

(فصل) وقوله فأما عبد الله فسكت يريد انه أمسك عن المراجعة برا بأبيه وانقيادا له واتباعا لمراده وأما عبيد الله فراجعه طلبا لحقه واحتج عليه بأن هذا مال قد ضمناه ولو دخله نقص لجبرناه وقول عمر بعد ذلك أديا المال وربحه اعراض عن حجته لان المبضع معه يضمن البضاعة اذا اشترى بها لنفسه وان دخلها نقص جبره ومع ذلك فان ربحها لرب المال

(فصل) وقول الرجل من جلساء عمر ياأمير المؤمنين لو جعلته قراضا على وجه ما رآه من المصلحة فى ذلك وان كان عمر لم يسئله الا انه قد جرى على عادته وما عرف من حال عمر واستشارته أهل العلم وكذلك المفتى يجوز أن يبتدئ الحكم بالفتوى اذا علم من حاله استشارته وجرت بذلك عادته والقراض الذى أشار به أحد نوعى الشركة يكون فيهما المال من أحد الشريكين والعمل من الثانى

والنوع الثانى من الشركة أن يتساويا فى المال والعمل وسيأتى ذكرها ان شاء الله (مسئلة) وأما القراض فهو جائز لا خلاف فى جوازه فى الجملة وان اختلف العلماء فى صحة أنواعه ووجه صحته من جهة المعنى ان كل مال يزكو بالعمل لا يجوز استئجاره للمنفعة المقصودة منه فانه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه وذلك ان الدنانير والدراهم لا تزكو الا بالعمل وليس كل أحد يستطيع التجارة ويقدر على تنمية ماله ولا يجوز له اجارتها ممن ينميها فلولا المضاربة لبطلت منفعتها فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض لانه لا يتوصل من مثل هذا النوع من المال الى الانتفاع به فى التنمية الا على هذا الوجه والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضى الله عنه قد جعلته قراضا على سبيل التصويب لما رآه هذا المشير والاخذ بقوله وقوله الاول لم يكن حكما وانما كان اظهارا لما يريد أن يحكم به ويراه فى هذه القضية ولو كان على وجه الحكم منه فقد اختلف أصحاب مالك فيه

(فصل) وانما جوز عمر ذلك لان عبد الله وعبيد الله عملا فى المال بوجه شبهة وعلى وجه يعتقدان فيه الصحة دون أن يبطلا فيه مقصودا لمن يملكه فلم يجز أن يبطل عليهما عملهما فردهما الى قراض مثلهما وكان قراض مثلهما النصف فأخذ عمر النصف من الربح وعبد الله وعبيد الله النصف الثانى وبالله التوفيق ص ﴿ مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان بن عفان أعطاه مالا قراضا يعمل فيه على أن الربح بينهما ﴾ ش ان عثمان بن عفان أعطى جد العلاء بن عبد الرحمن مالا قراضا لفظة الاعطاء تقتضى تسليمه اليه وائتمانه عليه وهذه سنة القراض ولو شرطا بقاء المال بيد صاحبه واذا اشترى العامل سلعة وزن واذا باع قبض الثمن لم يجز ذلك ووجه ذلك ان هذا معنى قد أخرجهما عن صورة القراض ومعناه فمنع ذلك صحته لان صورة القراض أن يكون المال بيد العامل ومعناه أن يكون مؤتمنا على المال فاذا أخرج القراض عن ذلك وجب أن يمنع صحته لان ذلك يخرجه عن أن يكون قراضا ويجعله اجارة مجهولة العوض (مسئلة) فان عمل معه بغير شرط فهو ممنوع فى الكثير دون اليسير لان الكثير مقصود فى نفسه ومن أجله أنفق فى القراض على ما أنفق فيه فلذلك أثر فى المعاملة وأما اليسير فمالا يستبد منه الحاضر مثل أن يعينه فى شراء سلعة أو ينوب عنه فى قبض دراهم يسيرة مما يفعله الانسان لصديقه أو يعين به من يعرفه من غير عوض فكان الأظهر أن القراض لم ينعقد على ما انعقد عليه لاجله (فرع) فان وقع ذلك قال محمد لا يفسخ القراض لكثيره دون شرط ووجه ذلك أن عقد القراض قد سلم من الشرط وليست التهمة فيه بقوية لانه مما لا يكاد يفعل (مسئلة) وان تشارك العامل ورب المال بمال آخر جعله من مال القراض فان ذلك لا يخلو أن يكون شرط فى عقد القراض أولا فان كان شرط فى القراض فان ذلك غير جائز خلافا للشافعى والدليل على ما نقوله ان هذين عقدان مقتضى أحدهما غير مقتضى الآخر فلم يجز الجمع بينهما فى عقد واحد كالصرف والسلم (مسئلة) فان تشاركا بعد عقد القراض فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده وقد قال أصحابنا فى الاشتراك بعد العمل أقوال مختلفة لم يبينوا اهل ذلك قبل العمل أو بعده فروى ابن المواز عن مالك انه كان يخففه وروى عيسى عن ابن القاسم انه قال ان صح من غير موعد ولا وأى فهو جائز وفى العتبية عن أصبغ قال خير فيه وعن سحنون انه قال هو الربا بعينه وذلك يحتمل وجهين أحدهما ان ذلك اختلاف فى أقوالهم فأجازه مالك وابن القاسم ومنعه أصبغ وسحنون ووجه قول مالك انه قد سلم عقد القراض من الفساد وذلك أن يعقداه على ما يوجب تصرف

* وحدثنى مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان ابن عفان أعطاه مالا قراضا يعمل فيه على أن الربح بينهما

رب المال يتصرف فيه وذلك غير صحيح كما لو عملا عليه وهذا مبنى على أن العامل اذا عمل من غير شرط في عقد القراض لعقد صار عملا كثيرا بطل ذلك القراض والوجه الثاني انه يجوز في وقت دون وقت فلا يجوز قبل العمل ويجوز بعده لانه قبل أن يعمل رأس المال على ما كان عليه فهو بمنزلة أن يعقد القراض على ذلك لان هذه حالة لكل واحد منهما ترك القراض فيها اذا استدركا في هذه الحالة شرطا بينا في القراض فكأنما شرطاه في عقد القراض وأما اذا عمل العامل بالقراض ولزمهما أمره ولم يكن لاحدهما ابطاله فما التزم من ذلك فليس بمنزلة ما شرط من العقد وانما يجوز ذلك اذا عاد مال القراض الى غير الصفة التي أخذه العامل عليها وذلك مثل أن يكون مال القراض دنانير فيصير دراهم فيشتركان بالدراهم (مسئلة) وأما معونة الغلام فان كان شرط العامل خدمته في المال الكثير الذي يحتاج الى المعونة فيه فاختلف فيه قول مالك في كتاب محمد وهو اجازته ان هذا مال تجوز المعاملة عليه ببعض نمائه الخارج منه فجاز أن يشترط فيه خدمة العبد الواحد اذا كان كثيرا كالمساقاة ووجه الرواية الثانية أن المساقاة تختص بالخدمة ولذلك لا يجوز أن يخرج من الحائط من كان يعمل فيه من الخدام فلذلك جاز أن يشترط فيها الخادم وأما القراض فلا يجوز أن يشترط في الخادم (فرع) فاذا قلنا ان ذلك جائز فالفرق بينه وبين رب المال أن العامل اذا عمل في ماله نظر فيه بالحفظ له وذلك غير جائز كما لو جعل غلامه أو وكيله معه ليحفظ عليه فان ذلك غير جائز وانما يجوز اذا كان بمجرد الخدمة والمعونة ولو أعانه بغلامه من غير شرط فلا بأس بذلك على القولين والله أعلم

(فصل) وقوله على أن الربح بينهما يحتمل وجهين أحدهما أن يكون الربح بينهما على أجزاء اتفقا عليها عند عقد القراض وليس في ذلك حد كالمساقاة (مسئلة) ويجوز أن يكون جميع الربح للعامل أو لرب المال بالشرط هذا هو المشهور من مذهب مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز ذلك ويكون القراض فاسدا الا أن أبا حنيفة يقول اذا شرطا الربح للعامل صار قراضا واذا شرطاه لرب المال صار بضاعة

(فصل) والوجه الثاني أن يقول الربح بينهما ولا يذكرا مقدارا أو يقول اعمل في هذا المال على ان لك في الربح شركا أو شركة ذلك كله جائز وقال محمد بن الحسن اذا قال على ان لك شركة في الربح فهو جائز واذا قال على ان لك شركا فهو قراض فاسد (فرع) فاذا قلنا بجواز ذلك فقد قال ابن القاسم ان عمل على ذلك فهو على قراض مثله وقال غيره له النصف وجه القول الاول ان الشركة لما احتملت النصف وغيره كانت بمنزلة ان لم يذكرا شيأ بينهما وعمل العامل من غير شرط فله قراض المثل وجه القول الثاني ان اطلاق لفظ الشركة يقتضي تساوي الشريكين ولا يعدل عن ذلك الا ببيان فيحمل عند الاطلاق على ظاهره كما لو أقر رجلان أنهما شريكان في هذا المال ثم ادعى أحدهما مزية

﴿ما يجوز في القراض﴾

﴿قال مالك وجه القراض المعروف الجائز أن يأخذ الرجل المال من صاحبه على أن يعمل فيه ولا ضمان عليه ونفقة العامل من المال في سفره من طعامه وكسوته وما يصلحه بالمعروف بقدر المال اذا شخص في المال اذا كان المال يحمل ذلك فان كان مقيما في أهله فلا نفقة له من المال ولا كسوة﴾

﴿ ما يجوز في القراض ﴾

ص ﴿ مالك وجه القراض المعروف الجائز أن يأخذ الرجل المال من صاحبه على أن يعمل فيه ولا ضمان عليه ونفقة العامل من المال في سفره من طعامه وكسوته وما يصلحه بالمعروف بقدر المال اذا شخص في المال اذا كان المال يحمل ذلك فان كان مقيما في أهله فلا نفقة له من المال ولا كسوة ﴾ ش

وهذا كما قال ان من سنة القراض ما قدمناه من ان العامل يأخذ المال القراض ويعمل فيه ولا يكون عليه الضمان وانما هو من ضمان رب المال ولا خلاف في ذلك فان شرط الضمان على العامل فالعقد فاسد خلافا لأبي حنيفة في قوله العقد صحيح والدليل على ما نقوله ان هذا نقل الضمان عن محله باجماع فاقتضى ذلك فساد العقد والشرط أصل ذلك اذا باع منه شيأ على البائع ضمانه أبدا ولذلك لو شرط عليه حميلا أو رهنا أو بمينار واه ابن المواز عن ابن وهب قال ويرد الى قراض مثله وباقي الفصل سيرد بيانه بعد هذا ان شاء الله ص ﴿ مالك ولا بأس ان يعين المتقارضان كل واحد منهما صاحبه على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما ﴾ ش وهذا كما قال فانه لا بأس بان يعين العامل رب المال فيما ينفرد به اذا كانت معونته على وجه المعروف المحض ولم يكن لان المال بيده وهذا اذا كانت المعونة يسيرة مع كون المال الذي يقرضه بيد صاحبه فاما ان يبضع معه فقد قال مالك يجوز القليل منه دون الكثير وكره ابن القاسم ما قل منه لشرط وجه ما قاله مالك أن اليسير غير مقصود فلا تهمة فيه بخلاف الكثير الذي ينعقد العقد بسببه ويكون زيادة مقصودة فيه ووجه ما قاله ابن القاسم ان ذكره واشتراطه في العقد ازدياد في القراض على العامل وذلك يقتضي كونه مقصودا فيه (فرع) فاذا قلنا برواية مالك فاذا كان ذلك مما لا يحتمل مال القراض لكثرته فيحتمل ذلك العامل ومال القراض ناض فقد قال مالك لا يجوز ذلك ووجهه انه لما كان لكل واحد منهما حل العقد كان ذلك بمنزلة حال العقد وكل شيء يمنع صحة العقد حال العقد فانه يمنع صحة العقد ما كان رأس المال باقيا على صفته وان كان رأس المال قد شغله العامل في تجارة قال مالك فانه لا يجوز ووجهه ان هذا وقت ليس لرب المال انتزاعه من العامل فتبعد التهمة فيه ويحمل على أن العامل متبرع به والله أعلم (مسئلة) وأما معونة رب المال للعامل فقد تقدم الكلام فيه اذا كان المال بيد العامل بان أراد العامل أن يبضع معه شيأ من مال القراض ص ﴿ مالك ولا بأس بان يشترى رب المال ممن قارضه بعض ما يشترى من السلع اذا كان ذلك صحيحا على غير شرط ﴾ ش وهذا كما قال انه لا بأس أن يشترى رب المال من العامل بعض ما ابتاعه من السلع اذا كان ذلك على وجه الصحة ما لم يكن على وجه الهدية لابقاء المال بيده أو ليتوصل بذلك الى أخذ شيء من الربح قبل المقاسمة وسواء اشترى منه بنقد أو الى أجل رواه عيسى عن ابن القاسم وذلك اذا كان اشترى منه بنقد أخرجه من عنده ووجه ذلك انه اشتراها منه بما يتبايع به الناس فقد سلما من التهمة ووجوه الفساد فجاز ذلك بينهما (مسئلة) فان اشتراها ليأخذها من القراض ففي كتاب محمد عن ابن القاسم لا خير فيه (مسئلة) وان اشترى العامل من رب المال سلعا فلا يخلو أن يبتاعها بمال القراض أو لنفسه فان ابتاعها منه للقراض بمال القراض ففي كتاب محمد اختلف فيه قول مالك فروى عنه عبد الرحيم انه خففه ان صح وروى عنه ابن القاسم كراهيته وكذلك الصرف وجه الرواية الاولى انه اذا صح البيع منهما جاز كما لو باع العامل من رب المال ووجه رواية ابن القاسم ما يحذر من تغابن العامل له وزيادته في ثمن سلعته فيتوصل بذلك الى أخذ منفعة من مال القراض قبل القسمة وربما أثر ذلك في مال القراض نقصا يحتاج العامل الى جبره بعمله وان ابتاع العامل لنفسه فهو جائز قاله ابن القاسم ووجه ذلك ان التبايع لم يقع في مال التجارة فلم يؤثر في ذلك فسادا في عقدها كمبايعة الأجنبي (مسئلة) فان ابتاع العامل من رب المال بعض سلع القراض فلا يخلو أن يكون ذلك مع استدامة القراض أو مع التفاضل فيه فان كان مع استدامته فانه يجوز نقدا ولا يجوز الى أجل خلافا لليث

*قال مالك ولا بأس بأن يعين المتقارضان كل واحد منهما صاحبه على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما * قال مالك ولا بأس أن يشترى رب المال ممن قارضه بعض مايشترى من السلع اذا كان ذلك صحيحا على غير شرط

ويحيى بن سعيد في تجويزهما ذلك الى أجل والدليل على صحة ماقلناه ان القراض مبني على التساوي ومباعدة الازدياد من العامل فاذا باع منه سلعا بثمن الى أجل فالظاهر أنه انما اشتراها بزيادة على القسمة فيزداد منه للقراض تلك الزيادة وتكون أيضا مضمونة عليه وذلك خلاف مابني عليه القراض (مسئلة) وان كان عند التفاضل فيجوز بالنقد وأما بالتأخير ففي العتبية عن مالك أنه قال لاخير فيه وكأنه نحا به ناحية الربا وروى عيسى عن ابن القاسم أن ابتياعه منه بنقد أو بمثل فأقل الى أجل فهو جائز ولا يجوز الى أجل بأكثر من رأس المال وقال ابن حبيب في واضحته سمعت أصحاب مالك يقولون لا بأس به وعمد ته ابن القاسم وجه قول مالك أن مابقي من المال عند العامل هو الذي وجب لرب المال من مال القراض فلا يجوز أن يؤخره عنده لزيادة يزدادها منه لأن ذلك مما يشابه الربا لأن الذي له عنده عين فيتركه عنده ليزيده فيه ووجه آخر ان على العامل بيع ذلك العرض وتحصيل ثمنه فاذا باعه منه بثمن الى أجل قويت التهمة في انه يعطيه الثمن المؤجل فيما بقي بيده من رأس مال القراض وفي عمله ويضمن مع ذلك مالم يأخذه على الضمان ووجه رواية عيسى أنه اذا باعه بمثل رأس المال فأقل ضعفت التهمة واذا كان بأكثر من رأس المال قويت التهمة ووجه رواية ابن حبيب عن أصحاب مالك انه انما يبيع منه ذلك عند التفاضل بعد ان يرضى بأخذه رب المال فاذا جاز بيعه بالنقد جاز بيعه بأجل لأن كل تهمة توجد فيه مع التأجيل توجد مع النقد فاذا لم يمنع ذلك بيعها بالنقد لم يمنع بيعها بالتأجيل ص ﴿ قال مالك في رجل دفع الى رجل والى غلام له مالا قراضا يعملان فيه جميعا ان ذلك جائز لا بأس به لأن الربح مال لغلامه لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه وهو بمنزلة غيره من كسبه ﴾ ش وهذا كما قال انه اذا دفع الى عبده مال القراض ورجل آخر ليكون الربح بينهما فانه جائز وهما بمنزلة الاجنبيين في ذلك والعبد يكون مع العامل على ثلاثة أوجه أحدها أن يكون عاملا معه والربح بينهما والثاني يكون خادما للمال ولا شئ له من الربح والثالث أن يكون أمينا عليه وحافظا له فان كان عاملا فيه والربح بينهما وهما تاجران أمينان فهو جائز خلافا لأبي ثور في منعه ذلك والدليل عليه انه شريك له في حفظ المال وربحه والعمل فيه فلم يمنع ذلك صحة القراض كالاجنبي (مسئلة) ومن شرط صحة مقارضة الاثنين أن يتساوى حظهما من الربح فان اختلف ذلك فكان لأحدهما الثلث وللآخر السدس ولصاحب المال النصف لم يجز خلافا لأبي حنيفة والشافعي في تجويزهما ذلك والدليل على مانقوله مااحتج به ابن القاسم بانهما شريكان بأبدانهما فلا يجوز تفاضلهما فيما يعود نوعه عليهما كالشركة المختصة بالابدان (فرع) وسواء كان أحد العاملين أبصر من الآخر أو مثله وكذلك ان كان العامل الاجنبي أبصر من غلامه لأنه ليس من شرط الشريكين في التجارة تساويهما في البصر بالعمل الذي اشتركا فيه كالمعلمين والطبيبين (مسئلة) وأما ان كان العبد لخدمة المال فهو جائز اذا كان المال كثيرا يحتاج الى من يخدمه ويعينه وأما ان كان معه من يحفظ المال منه فذلك غير جائز وقد تقدم ذكره (فصل) وقوله لأن الربح لغلامه لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه يريد أن ما أبرزته للغلام القسمة من الربح فهو ملك له ولا يملكه السيد بعد القسمة الا بالانتزاع ولو كانت حصته من الربح للسيد لم يؤثر ذلك فسادا في القرض من جهة الجهل بالحصة لأنه لو دفع رجل مالا قراضا الى عامل على أي جزء اتفقا عليه جاز ذلك فلا يبطل القراض باضافة حصة أحد العاملين الى حصة رب المال وانما كان يبطل اذا كان العامل نائبا عن رب المال فما كان من ربح له وما كان من عمل فانه ينوب عنه واذا قلنا ان العبد

يملك حصته من الربح حتى ينتزعها منه السيد فانما ينوب عن نفسه وعمله له وهو وغيره من العاملين يملكون حصتهم من الربح بالقسمة وكذلك في المساقاة وهذا المشهور من مذهب مالك و به قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك بالظهور وقد روى ابن القاسم عن مالك مسائل تقتضي ذلك وجه القول الاول ان كان ممن يستحق العمل بالعوض فانه لا يملكه الا بعد الفراغ من العمل والتسليم يدل على ذلك أنه اذا قال له ان خطت هذا الثوب فلك دينار فاننا قد أجمعنا على انه لا يستحق الدينار الا بعد الفراغ والتسليم كذلك في مسئلتنا مثله ووجه القول الثاني ان هذا أحد الشريكين فوجب أن يملك الربح بظهوره كصاحب المال (فرع) اذا ثبت ذلك فان وجوب الزكاة في ربح مال القراض مبنى على ذلك فان قلنا ان العامل يملك حصته بالقسمة فان وجوب الزكاة فيه معتبر بحال رب المال فان كان عبدا أو كافرا فلا زكاة فيه وان قلنا انه يملك بظهوره اعتبرنا حاله في الزكاة بحال العامل والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وهو بمنزلة غير ذلك من كسبه يريد انه في ملك العبد دون السيد وانما ينتقل الى السيد بالانتزاع وهو مذهب مالك في ان العبد يملك خلافا للشافعي في قوله لا يملك العبد والدليل على ما نقوله أن من حاز له أن يطأ بملك اليمين صح منه الملك كالحر

﴿ مالا يجوز في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك اذا كان لرجل على رجل دين فسأله أن يقره عنده قراضا ان ذلك يكره حتى يقبض ماله ثم يقارضه بعد أو يمسك وانما ذلك مخافة أن يكون اعسر بماله فهو يريد أن يؤخر ذلك على أن يزيده فيه ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز أن يقر الدين بيد من هو عليه على وجه القراض ويدخله ما قال من الزيادة في الدين للتأخير به لأنه قد يرضى بالجزء اليسير من أجل بقاء الدين عنده فيفتضح باحضاره ولولا ذلك لما رضي بمثله (مسئلة) والقراض بالدين على وجهين أحدهما انه لا يحضر المال والثاني أن يحضره فان لم يحضره فقد حكى ابن المواز عن مالك ليس له الا رأس ماله وقاله ابن القاسم في العتبية وجه ذلك ان عقد القراض أدخل الفساد على ما كان يجوز له من تأخيره بالدين فوجب أن يبطل القراض وأن يبقى الدين على حسب ما كان (مسئلة) وان كان أحضر المال فجعله قراضا قبل أن يقبضه رب المال فالمشهور من المذهب انه غير جائز و به قال الشافعي وقال القاضي أبو محمد فيمن غصب دنانير أو دراهم ثم ردها فقال المغصوب منه لا أقبضها ولكن اعمل بها قراضا ان ذلك جائز ويحتمل أن يكون الفرق بينهما أن يكون المغصوب أحضر المال تبرعا فلذلك جوزه وان الذي عليه الدين اتفق معه على احضار الدين ليرده اليه على وجه القراض ولو جاء بدينه متبرعا قاضيا له فتركه عنده قراضا أقام احضاره مقام قبضه بعد المعرفة بجودته و وزنه والدليل على صحة ما ذكرناه من قول أصحابنا في المنع من ذلك انه ما لم يقبض منه بالانتقاد والوزن فهو في ذمته فلم يجز القراض به كالذي لم يحضره (فرع) فان نزل فروى ابن القاسم عن مالك انه ليس لرب المال الا رأس ماله وهو في العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم وروى أشهب في غير العتبية ان نزل مضى وجه الرواية الاولى ما تقدم من انه دين ثابت في الذمة فورض به فلم يكن لرب المال غير رأس ماله مضمونا كالذي لم يحضر ووجه قول أشهب ان هذا مال قد حضرت عينه وعلمت براءة من كان عليه منه فاذا رده اليه قراضا فقد أذن له في قبضه من نفسه فكان ذلك بمنزلة المقبوض منه

﴿ مالا يجوز في القراض ﴾ * قال مالك اذا كان لرجل على رجل دين فسأله أن يقره عنده قراضا أن ذلك يكره حتى يقبض ماله ثم يقارضه بعد أو يمسك وانما ذلك مخافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخر ذلك على أن يزيده فيه

(مسئلة) وأما الوديعة فاختلف أصحابنا فيها فكرهها ابن القاسم المقارضة بها حتى تحضر وقال ابن المواز لا بأس به وكرهه ابن حبيب من غير الثقة ولم يكرهه اذا كان المودع ثقة وجه قول ابن القاسم انه لما كان يمكن المودع التصرف فيه على وجه الاقتراض كانت بمنزلة الدين في منع المقارضة بها ولذلك جوزه ابن حبيب في العدل الثقة لانه يوثق بقوله هي عندي لم أتصرف فيها ووجه قول ابن المواز أن يد المودع يد رب المال لانه حافظ له فصح أن يقبضها من نفسه قراضا كما يصح أن يقبضها من رب المال بذلك الوجه (فرع) فان نزل القراض بالوديعة مضى والربح بينهما ويصدق المودع في ضياعه رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك انها لم تتعلق بالذمة وانما كانت وديعة لصاحبها بيد المودع النائبة عن يده ولو أحضرها لارتفعت الكراهية فيها ولم يختلف في جواز الابقاء عينها وكذلك المرتهن لنفسه أولغيره ص ﴿قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم عمل فيه فربح فاراد أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذي هلك منه قبل أن يعمل فيه قال مالك لا يقبل قوله ويجبر رأس المال من ربحه ثم يقتسمان مابقي بعد رأس المال على شرطهما من القراض﴾ ش وهذا على ما قال ان هلاك بعض المال قبل أن يعمل به لا يغير حكم رأس المال بل هو على ما عقدا عليه وقبض العامل من المال لان القراض على ذلك انعقد بينهما فتى ربح بعد ذلك جبر مانقص من المال بالربح فان فضلت بعد ذلك الجبر فضلة فتلك جميع الربح ولو اتفقا بعد النقص على اسقاط ماهلك من رأس المال واستئناف القراض بما بقي منه فقد اختلف أصحابنا في ذلك فالذي رواه ابن القاسم عن مالك انه لا يصح ذلك الا بعد أن يقبض رب المال بقية ماله قبضا صحيحا ثم يدفعه بعد ذلك اليه قراضا مستأنفا وروى ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون انهما اذا تحاسبا فاقرا مابقي بعد الخسارة رأس مال القراض فان ذلك يكون تفاضيا صحيحا وما عقداه من القراض عقدا مستأنفا أحضر المال أو لم يحضره وأما ان كان على وجه الاجبار لا على وجه المناصلة فان حكم القراض الاول باق ووجه رواية ابن القاسم ان التفاضل في القراض انما يكون بان يقبض رب المال ماله ومالم يوجد ذلك فان ذلك لا يصلح لانه انما قصد الى أن يزيد العامل في حظه من الربح مايقتضيه عند القراض من جبر ماتقدم من الخسارة وذلك غير صحيح ولا جائز ووجه رواية ابن حبيب ان المفاصلة تقع في ذلك بالقول دون القبض كسائر العقود ولان العقود اللازمة تفسخ بالقول فبان تفسخ به الجائزة أولى وأحرى ص ﴿قال مالك لا يصلح القراض الا في العين من الذهب أو الورق ولا يكون في شئ من العروض والسلع﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز القراض بغير الدنانير والدراهم لانها أصول الأثمان وقيم المتلفات ولا يدخل أسواقها تغيير فلذلك يصح القراض بها فأما مايدخله تغير الأسواق من العروض فلا يجوز القراض به ووجه ذلك انه قد يأخذ العامل العرض قرضا وقيمته مائة دينار فيتجر في المال فيربح مائة فيرده وقيمته مائتان فيصير الربح كله لرب المال ولا يحصل للعامل شئ وقد لا يربح فيرده وقيمته خمسون فيبقى بيده من رأس المال خمسون فيأخذ نصفها وهو لم يربح شيأ (مسئلة) فأما القراض بالفلوس فقد قال ابن القاسم لا يجوز ذلك وروى عن أشهب في الأمهات انه أجاز القراض بها وجه القول الاول ان الفلوس ليست بأصل في الأثمان ولذلك لا تجرى مجرى العين في تحريم التفاضل وبيعها بالعين نسا فلم يجز القراض بها كالعروض ووجه القول الثاني انه لا يتعين بالعقد فصح القراض بها كالدنانير والدراهم (فرع) فاذا قلنا برواية المنع فان وقع ذلك فقد قال ابن المواز له القراض

* قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم عمل فيه فربح فاراد أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذي هلك منه قبل أن يعمل فيه * قال مالك لا يقبل قوله ويجبر رأس المال من ربحه ثم يقتسمان مابقي بعد رأس المال على شرطهما من القراض
* قال مالك لا يصلح القراض الا بالعين من الذهب أو الورق ولا يكون في شئ من العروض والسلع

بالنقار أخف والفلوس كالعروض وهذا مقتضى فساد القراض ويكون له في بيع الفلوس أجرة المثل وفيما نض من ثمنها قراض المثل وقال أصبغ هي كالنقار وقال ابن حبيب نحوه وترد فلوسا مثلها وجه قول ابن المواز ان الفلوس لا يحرم فيها التفاضل فاذا وقع القراض بها وجب فسخه كالعروض ووجه قول ابن حبيب ان هذا ثمن يتعامل به فلا يفسخ القراض اذا وقع به كالدنانير والدراهم (مسئلة) وأما نقار الذهب والفضة فروى ابن القاسم عن مالك المنع من القراض بها وروى عنه أشهب اجازة ذلك وروى يحيى بن يحيى منع ذلك في بلد يتعامل فيه بالدنانير والدراهم وأما في بلد يتعامل فيه بالتبر فلا بأس به وجه رواية ابن القاسم أنها تتعين بالعقد فكان القراض بها ممنوعا كالعروض ووجه رواية أشهب انها عين تجب فيها الزكاة فصح القراض فيها كالدنانير والدراهم (فرع) فاذا قلنا برواية المنع ووقع ذلك فان يحيى روى عن ابن القاسم انه يضمنه ولا يفسخه وقال القاضي أبو محمد وجه ذلك عندي على الكراهية وذلك عندي يحتاج أيضا الى توجيه ووجهه أن قيمته لا تتفاوت ولا يدخلها من حوالة الاسواق الا ما يقرب مما يدخل الدنانير والدراهم فلذلك لم يفسخ (مسئلة) وأما الحلي المصوغ من الذهب والفضة فلا يجوز القراض به ورواه أشهب عن مالك وذلك أن الصياغة قد غيرت حكمه وألحقته بالعروض (مسئلة) وأما المغشوش من الذهب والفضة فحكى القاضي أبو محمد انه لا يجوز القراض به مضروبا كان أو غير مضروب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان الغش النصف فاقل جاز وان كان أكثر من النصف لم يجز ذلك واستدل القاضي أبو محمد في ذلك بأن هذه دراهم مغشوشة فلم يجز القراض بها أصل ذلك اذا زاد الغش على النصف * قال القاضي أبو الوليد والذي عندي انه انما يكون ذلك اذا كانت الدراهم ليست بالسكة التي يتعامل الناس بها فاذا كانت سكة التعامل فانه يجوز القراض بها لانها قد صارت عينا وصارت أصول الأثمان وقيم المتلفات وقد جوز أصحابنا القراض بالفلوس فكيف بالدراهم المغشوشة ولا خلاف بين أصحابنا في تعلق الزكاة بعينها ولو كانت عروضا لم تتعلق الزكاة بعينها وان اعترض في ذلك انه يجوز ان ينقطع فتستحيل أسواقها فمثل ذلك يعترض في الدراهم الخالصة اذا قطع التعامل بها والله أعلم ص ﴿ قال مالك ومن البيوع ما لا يجوز اذا تفاوت أمره وتفاحش رده فأما الربا فانه لا يكون فيه الا الرد أبدا ولا يجوز منه قليل ولا كثير ولا يجوز فيه ما يجوز في غيره لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ﴾ ش وهذا كما قال ان من البيوع بيوعا مكروهة فان فات أمضى عقده ولم ينتقض ولم يغير كبيع الحب بعد أن أفرك وقبل أن ييبس و بيع الثمر بعد أن أزهى يؤخذ كيلا بعد أن يتمر قال ذلك عيسى وزاد فيه ان من البيوع المكروهة التي تجري مجرى ما تقدم ذكره ما اذا فات نظر فيه فان كان فيها شيء يأخذه البائع أعطيه والا لم ينقص مما أخذ شيأ وان هي أدركت ولم تفت فأسقط البائع شرطه مضى البيع ولزمهما وأرى انه يصير الى بيع وسلف وليس ذلك من جملة البيوع المكروهة فقط بل هو من البيوع المحرمة وكذلك ما يرد فيه الى الأكثر من القيمة أو الثمن كبيع الأمة على أن تتخذ أم ولد قال عيسى وأما الذي لا يفوت فالبيع الحرام يفسخ ما لم يفت فاذا فات رد الى القيمة ما بلغت ففي قول عيسى انما يمضي من البيوع بالثمن اذا فات ما كان مكروها ولم يكن حراما وأما الذي يرد الى القيمة حين القبض فهو الحرام وقال ابن عبدوس ان كان بيع كان فساده لعقده كالبيع وقت صلاة الجمعة ممن يجب عليه اتيانها وكابتياع الرجل على بيع أخيه و بيع الحاضر للبادي والبيع على

* قال مالك ومن البيوع ما يجوز اذا تفاوت أمره تفاحش رده فأما الربا فانه لا يكون فيه الا الرد أبدا ولا يجوز منه قليل ولا كثير ولا يجوز فيه ما يجوز في غيره لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون

تلقي السلع فان فات يمضي بالثمن وما كان فساده في أحد عوضيه كبيع المجهول والغرر فانه يرد بعد الفوات الى القيمة وجه ماقاله عيسى ما حكى عن ابن القاسم فيمن باع كيلا من التمر من حائط معين قد أزهى انه يرد للاتيان به على الوجه المكروه مالم يفت فاذا فات أمضي كالصلاة في الوقت اذا وقعت على بعض الوجوه المكروهة الا أنها على صفات الاجزاء فانها تعاد في الوقت للاتيان بها على أكمل صفاتها فاذا فات الوقت لم تعد وأما البيع الحرام فانه يرد أبدا لانه وقع على الوجه الفاسد الذي لايصلح انفاذه عليه فوجب أن يرد التغابن فيه أبدا لانه لم يملك بالعقد كالصلاة اذا عريت من صفات الاجزاء فانها تعاد أبدا ووجه ماقاله ابن عبدوس ان هذا عقد معاوضة فاذا كان الفساد في عقده كان فيه بعد الفوات العوض المسمى واذا كان فساده في عوضه كان فيه بعد الفوات القيمة كالنكاح

(فصل) قال ابن مزين وانما خرج مالك من مقالته في صدر المسئلة في القراض الى ذكر البيوع وما اختلف من ذكر مكروهها وحرامها وانما هو مثل ضربه اعتزى فيه أن للقراض مكروها وحراما كالبيوع لها مكروه وحرام فمكروه القراض ما كان منه اذا فات بالعمل يرد فيه العامل الى قراض مثله مثل المقارض بالسلعة والمقارض على الضمان والمقارض بشرط أو يشترط عليه أن لا يرد المال الى أجل مسمى فهذا وشبهه مكروه القراض وهو نظير مكروه البيع كما لا ينقض البائع في مكروه البيع من الثمن الذي باع به اذا كان أدنى من القيمة فكذلك لم يخرج المقارض في مكروه القراض ويرد الى قراض مثله وحرام القراض ما كان منه يرد المقارض بعد العمل الى أجرة مثله ويخرج عن ربح القراض كما أن البيع في البيوع الحرام ويرجع عند فوات السلعة الى قيمتها وان كان ذلك دون الثمن الذي باع به أو أكثر فهذا تأويل هذه المقالة التي قالها مالك وهذا الذي ذكره ابن مزين في ايراد مسئلة البيوع الفاسدة بأثر مسائل القراض لا بأس به في ان المراد به تمثيل القراض الفاسد بالبيوع الفاسدة وما ذكره في ثبوت الحكم في القراض الحرام والمكروه متنازع وذلك ان القراض الفاسد اختلف أصحابنا في الواجب به اذا فات قال القاضي أبو محمد الظاهر انه يرد الى قراض المثل وبه قال أشهب وابن الماجشون من رواية ابن حبيب عنه وروى عن مالك يرد في ذلك كله الى أجرة المثل ذكر هذه الرواية القاضي أبو محمد وبه قال أبو حنيفة والشافعي وروى عن مالك يرد بعض القراض الفاسد الى قراض المثل وبعضه الى أجرة المثل حكاها عنه ابن حبيب وقال بهذا ابن القاسم وابن عبد الحكم وابن نافع ومطرف وأصبغ واختلف أصحابنا في تفسير ذلك فقال ابن حبيب أصل ذلك ان كل زيادة يشترطها أحدهما في المال داخلة فيه ليست بخارجة عنه ولا خالصة لمشترطها فذلك يرد الى قراض المثل وكل زيادة ازدادها خارجة من المال أو خالصة لأحدهما فان هذا يرد الى اجارة المثل وكل خطر وغرر يتعاملان عليه خرجا فيه عن سنة القراض فهو في ذلك أجير وحكى القاضي أبو محمد عن ابن القاسم ان معنى ذلك ان طال الفساد من جهة العقد فانه يرد الى قراض المثل ان كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر فانه يرد الى اجارة المثل حكى عن عيسى ماتقدم وجه الرواية الأولى ان شبهة كل عقد وفاسده يجب رده الى صحيحه اذا فات كالبيع والنكاح والاجارات اذا ثبت ذلك فهذا الذي ذكره ابن حبيب في التقسيم غير ماذهب اليه ابن مزين وانما كان يجب على ماذكره مالك في البيوع الفاسدة ان لو قال كل قرض اوقع على وجه مكروه ووجدت فيه شروط الصحة فانه يترك اذا وقع وفات وما كان حراما لم

يوجدفيه شروط الصحة فانه يرد أبدا وان فات كان فيه قراض المثل ولكن مالكا انما قصد الى ان حكم القراض المكروه مخالف لحكم القراض الفاسد كما ان حكم البيع المكروه مخالف لحكم البيع الفاسد ولم يقصد الى التسوية بين المكروه منها (فرق) والفرق بين قولنا قراض المثل وأجرة المثل ان قراض المثل متعلق بنماء ذلك المال وان كان فيه ربح فله حصته فى مثله فى عمله وأمانته فى ذلك المال وان لم يكن له ربح فاختلف أصحابنا فى ذلك فنهم من قال لا شئ له وهو الأظهر ومنهم من يجعل له قراض المثل حصة ثابتة مع وجود الربح وعدمه ويفرق بينه و بين أجرة المثل بان يجعل له الجزء الذى يعامل مثله عليه فى مثل المال وأما أجرة المثل فانها متعلقة بذمة صاحب المال باجارة ثابتة يدفعها اليه من حيث شاء ان كان فى المال ربح فالمشهور من المذهب ان له أجرة مثله كان له فى المال ربح أو خسارة وقال ابن حبيب ان له أجرة المثل من الربح فان لم يكن فى المال ربح فلا شئ له (فرق) و بينهما فرق آخر وهو ان العامل فى قراض المثل يلزمه العمل الى أن ينض المال ولا يلزمه فى أجرة المثل شئ من ذلك وعلى رب المال قبض دينه ان كان أذن له فيه و بيع عروضه وعلى العامل اثبات ديونه لان من كانت عليه ان جحدها ولم تثبت ببينة ضمنها العامل

﴿ ما يجوز من الشرط فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا وشرط عليه أن لا تشترى بمالى الا سلعة كذا وكذا أو ينهاه أن يشترى سلعة باسمها * قال مالك من اشترط على من قارض أن لا يشترى حيوانا أو سلعة باسمها فلا بأس بذلك ومن اشترط على من قارض أن لا يشترى الا سلعة كذا وكذا فان ذلك مكروه الا أن تكون السلعة التى أمره أن لا يشترى غيرها كثيرة موجودة لا تخلف فى شتاء ولا صيف فلا بأس بذلك ﴾ ش وهذا كما قال ان من شرط على العامل أن لا يتجر بسلعة معينة أو بالحيوان فذلك جائز وله شرطه لانه قد أبقى له من السلع ما لا يعدم التجارة فيها فى بلد من البلدان ولا وقت من الأوقات وهذا شرط فى صحة القراض فأما اذا قال له أقارضك على أن لا تشترى الا سلعة كذا السلعة بعينها فان كانت السلعة كثيرة موجودة ولا تعدم التجارة فيها ولا تعدم هى فى وقت من الاوقات كالحيوان والطعام فان ذلك جائز وان كانت السلعة قد تعدم فى وقت من الاوقات أو تتعذر التجارة بها لقلتها فى بعض الازمان لم تجز المقارضة بها وعقد القراض على ذلك فانه فاسد و بهذا قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة هو جائز والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ان هذا اشترط ما ينافى عقد المضاربة فوجب أن لا يصح كما لو شرط عليه الضمان أو شرط أن يرد اليه عروضا والذى يدل على ان هذا الشرط ينافى المضاربة أن المقصود منها هو النماء والربح واذا قال لا تشتر الا هذا الثوب فانه لا يبعد أن يعدم فى ذلك الثوب ربح فيبطل مقصود القراض (فرع) اذا ثبت ان ذلك يفسد القراض فانه يفسخ وقال ابن حبيب كل قراض وقع فاسدا مما يرد فيه العامل الى قراض مثله أو أجرة مثله فانه يفسخ متى عثر عليه قبل العمل و بعده ووجه ذلك انه عقد غير لازم فاذا عثر عليه قبل أن يبتاع بالمال شيأ فسخ وان عثر عليه بعد ان ابتاع بالجميع كان فسخه المنع من استئناف العمل به فى المستقبل وهما فيما تقدم من العمل على قراض المثل أو أجرة المثل (فرع) فاذا قلنا يرد الى أجرة مثله فلا تفريع واذا قلنا يرد الى قراض مثله وابتاع ببعض العين سلفا * قال القاضى أبو الوليد فعندى ان اشترى باليسير الذى لا خطب له فهو كمن لم يشتر شيأ وان كان اشترى بالكثير و بقى الكثير فهو

﴿ ما يجوز من الشرط فى القراض ﴾
* قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا وشرط عليه أن لا تشترى بمالى الا سلعة كذا وكذا أو ينهاه أن يشترى سلعة باسمها * قال مالك من اشترط على من قارض أن لا يشترى حيوانا أو سلعة باسمها فلا بأس بذلك ومن اشترط على من قارض أن لا يشترى الا سلعة كذا وكذا فان ذلك مكروه الا أن تكون السلعة التى أمره أن لا يشترى غيرها كثيرة موجودة لا تخلف فى شتاء ولا صيف فلا بأس بذلك

* قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه فيه شيأ من الربح خالصا دون صاحبه فان ذلك لا يصلح وان كان درهما واحدا الا أن يشترط نصف الربح له ونصفه لصاحبه أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر فاذا سمى شيأ من ذلك قليلا أو كثيرا فان كل شئ سمى من ذلك حلال وهو قراض

المسلمين قال ولكن ان اشترط أن له من الربح درهما واحدا فما فوقه خالصاله دون صاحبه وما بقى من الربح فهو بينهما نصفين فان ذلك لا يصلح وليس على ذلك قراض المسلمين

﴿ مالا يجوز من الشرط فى القراض ﴾

* قال يحيى قال مالك لا ينبغى لصاحب المال أن يشترط لنفسه شيأ من الربح خالصا دون العامل ولا ينبغى للعامل أن يشترط لنفسه شيأ من الربح خالصا دون صاحبه ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه الا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما ولا ينبغى للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شئ من الاشياء يزداده أحدهما على صاحبه قال فان دخل القراض شئ من ذلك صار اجارة ولا تصلح الاجارة الا بشئ ثابت معلوم ولا ينبغى للذى أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافئ ولا يولى من سلعته أحدا ولا يتولى منها شيأ لنفسه فاذا وفر المال وحصل عزل رأس المال ثم اقتسما الربح على شرطهما فان لم يكن للمال ربح أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شئ لا مما أنفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال فى ماله والقراض جائز على ماتراضيا عليه رب المال والعامل من نصف الربح أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر

على قراض المثل فيما عمل فيه ويترك الباقى ص ﴿ قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه فيه شيأ من الربح خالصا دون صاحبه فان ذلك لا يصلح وان كان درهما واحدا الا أن يشترط نصف الربح له ونصفه لصاحبه أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر فاذا سمى شيأ من ذلك قليلا أو كثيرا فان كل شئ من ذلك حلال وهو قراض المسلمين قال ولكن ان اشترط أن له من الربح درهما واحدا فما فوقه خالصاله دون صاحبه وما بقى من الربح فهو بينهما نصفين فان ذلك لا يصلح وليس على ذلك قراض المسلمين ﴾ ش وهذا كما قال ان من اشترط من المتعاملين شيأ من الربح على الآخر فان ذلك جائز لان ذلك يقتضى أن لا يخلو واحد منهما من حصة من الربح ولو اشترط أحدهما عددا لم يجز لانه قد يمكن ذلك العدد أن يستغرق جميع الربح فلا يكون للآخر حظ من الربح وهو لم يدخل فى القراض الا على حظ من الربح فلذلك كان الربح على الأجزاء لا على العدد فان شرط أحدهما مع الأجزاء شيأ من الربح مقدرا بالعدد ولو درهما واحدا فان ذلك يفسد عقد القراض لان القراض مبنى على الاجزاء فاذا اشترط فيه عددا مستثنى أدخل الجهالة فى الاجزاء المشترطة ولا يعلم حينئذ كم مقدارها ولا يعلم كل واحد منهما جزأه من الربح فلم يتقدر بجزء ولا بعدد فوجب أن يبطل والله أعلم

﴿ مالا يجوز من الشرط فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك لا ينبغى لصاحب المال أن يشترط لنفسه شيأ من الربح خالصا دون العامل ولا ينبغى للعامل أن يشترط لنفسه شيأ من الربح خالصا دون صاحبه ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه الا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما ولا ينبغى للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شئ من الأشياء يزداده أحدهما على صاحبه قال فان دخل القراض شئ من ذلك صار اجارة ولا تصلح الاجارة الا بشئ ثابت معلوم ولا ينبغى للذى أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافئ ولا يولى من سلعته أحدا ولا يتولى منها شيأ لنفسه فاذا وفر المال وحصل عزل رأس المال ثم اقتسما الربح على شرطهما فان لم يكن للمال ربح أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شئ لا مما أنفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال فى ماله والقراض جائز على ماتراضيا عليه رب المال والعامل من نصف الربح أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز لاحد المتعاملين أن يشترط لنفسه من الربح شيأ لا يفضى الى الاجزاء على ما قدمناه وقد بينا ذلك وقوله ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل يريد انه لا يجوز أن يشتمل

عليهما عقد واحد وجه ذلك ان هذه عقود لازمة وعقد القراض عقد جائز والجواز ضد اللزوم فلما تنافى مقتضاهما لم يصح أن يجتمعا فى عقد لان ذلك يخرج أحدهما عن مقتضاه و يوجب فساده واذا فسد أحدهما فسد الآخر لاشتمال العقد عليهما (مسئلة) فان وقع بيع وقراض فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى كتاب ابن مزين يفسخ ذلك مالم تفت السلعة و يعمل فى القراض ثم يتقارضان قراضا صحيحا ان شاآ فان لم تفت سلعة البيع وقد عمل فى المال فسخ البيع وكان أجيرا فى القراض وان فاتت السلعة وعمل فى المال فكذلك أيضا له قيمة سلعته و يرد فى القراض الى أجرة مثله ويكون نماء المال لربه (مسئلة) وأما ان اشترط عليه عملا كالصانع يأخذ القراض على العمل أو يعمل بيده قال ابن القاسم ان فات فهو أجير وقال ابن وهب هما على قراضهما * قال القاضى أبو الوليد ومعنى ذلك عندى أن يكون له أجر عمله ويكون فى المال على قراض مثله دون اشتراط عمله

(فصل) وقوله ولا سلف ولا مرفق يشترط أحدهما لنفسه دون صاحبه على ماقال انه لا يجوز ذلك لما قدمناه من أن السلف طريقه اللزوم وكذلك عقود المرافق وذلك مما ينافى عقود الجواز فان وقع ذلك فربح السلف للعامل وهو فى المسألة الأخرى أجير على قول ابن القاسم وعلى قراض المثل فى قول ابن وهب

(فصل) وقوله الا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما يريد أن يكون أحدهما يعين صاحبه من غير شرط ولا عوض الا لمجرد المعروف والمرفق فيما يجوز أن يعينه فيه ولا يعود بفساد القراض على ماتقدم قبل هذا فانه اذا صح ذلك منهما ولم يكن ذلك لمعنى القراض الذى بينهما فهو جائز غير مفسد لما بينهما من القراض

(فصل) ولا ينبغى للمتقارضين ان يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شيأ من الأشياء على ماتقدم وان كانت الزيادة من الذهب والفضة من غير ربح القراض كانت مع القراض اجارة ان اشترط ذلك العامل وان اشترطه صاحب المال فانه عمل وعين معلوم بعين مجهول (فرع) فان نزل ذلك ففى كتاب محمد بن المواز عن مالك وأصحابه انه ان ترك ذلك من اشترطه قبل العمل فهو جائز ووجه ذلك عندهم انه قد أسقط ما أدخل الفساد فى العقد فى وقت يجوز له تركه وابتداؤه فكان ذلك بمنزلة ان فسخ العقد الفاسد واستأنف عقدا صحيحا (فرع) وأما بعد العمل فروى يحيى عن ابن نافع انه ان أبطل الشرط الفاسد مشترطه صح العقد وتماديا عليه وأنكر ذلك يحيى بعد العمل

(فصل) وقوله فان دخل القراض شئ من ذلك صار اجارة ولا يصلح الا بشئ ثابت معلوم يريد ان اشترطه العامل فهو اجارة لان من حكم القراض أن يكون عوض العمل حقه مقصور على مايترقب خروجه من النماء فاذا اشترط العامل ذهبا من غيره أو غير ذهب فقد خرج عن سنة القراض الى ما لا يجوز فيه وانما يجوز فى الاجارة الا أن من شرط الاجارة أن يكون جميع عوضها معلوما فاذا كان بعض عوضها مجهولا مترقبا من النماء لم تصح الاجارة أيضا والفرق بين الاجارة على التجارة بالمال وبين القراض ان فى الاجارة يستأجره على ان يتجر له فى ماله بشئ معلوم معين مقبوض أو مقدر فى الذمة بعقد لازم فان جعل شئ منه فى النماء المترقب لم يجز ومعنى القراض أن يعامله معاملة جائزة ليعمل فى ماله بجزء من نمائه المترقب فان صرف شئ من عوض العمل الى غير ذلك لم يجز

(فصل) وقوله ولا ينبغي للذى أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافئ ولا يولى من سلعته أحدا ولا يتولى منها شيأ لنفسه يريد انه ليس للعامل أن يشترط فى عقد القراض الا أن يكافئ منه من أسدى اليه معروفا يختص به وأما لو كافأ منه أحدا بمعروف أسدى اليه فى مال القراض على وجه التجارة وحسن النظر لجاز ذلك وكذلك ليس له أن يولى أحدا سلعة يرجو فيها نماء وربحا وأما اذا ولاها وكان فى ذلك نظر فهو نفع يقصد مع المكايسة فللعامل أن يفعله وهذان الفصلان اذا كانا على وجه المتاجرة فللعامل فعله ولا يحتاج الى اشتراطها ولو اشترطها لما فسد بذلك القراض وان كانا على وجه المعروف فلا يجوز اشتراطهما ويفسد ذلك العقد وان فعلها من غير شرط كان ذلك موقوفا على اجازة صاحب العامل وأما أن يتولى من ذلك سلعة فان ذلك غير جائز لانه ليس له أن يذهب ببعض النماء الحاصل فى المال ولا يجوز اشتراطه فان فعل ذلك من غير شرط فلرب المال الخيار بين أن يمضيه ويلزمه العامل وبين أن يرده

(فصل) وقوله فاذا حضر المال وحصل عزله ثم اقتسما الربح على شرطهما يريد الذى يجب أن يبدأ بالاخراج فى قسمة القراض رأس المال لانه لا ربح لواحد منهما حتى يسلم الى صاحبه ويصير فى قبضه فوجب أن يبدأ فى القسمة فاذا سلم الى صاحبه وتصير فى قبضه كان ما بقى بعده ربح حاصل فيقتسمانه على ما سميا فى القراض الصحيح ويجرى الأمر فيه على ما تقدم من الاختلاف فى القراض الفاسد (مسئلة) فان اقتسما الربح دون أن يحضر رأس المال أو حضر فلم يقبضه صاحبه فان تلك قسمة فاسدة فان دخل المال نقص رد من الربح ما يجبر به رأس المال وان أتى على جميعه قاله عيسى

(فصل) وقوله فان لم يكن فى المال له ربح أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شئ لا مما أنفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال فى ماله يريد انه ان لم يكن للمال بعد اخراج رأس المال ورده الى صاحبه ربح يقسم فلا شئ للعامل ولا شئ عليه ان كان فى ذلك خسران ولا عليه أن يجبره لانه ليس بمضمون عليه ولا عليه رد شئ مما أنفقه على نفسه ان كان سافر فيه سفرا يقتضى الانفاق على العامل لان ذلك بمنزلة سائر المؤن اللازمة لمال القراض من كراء حمل واجارة تشروطى وقوله على رب المال فى ماله يريد مال القراض وليس ذلك فيما بيده من المال لانه لم يأذن له فى التصرف الا فى مال القراض فليس له أن يتصرف تصرفا يتعدى الى غير ذلك من ماله ص ﴿ مالك لا يجوز للذى يأخذ المال قراضا أن يشترط أن يعمل فيه سنين لا ينزع منه قال ولا يصلح لصاحب المال أن يشترط انك لا ترده الى سنين لأجل يسميانه لان القراض لا يكون الى أجل ولكن يدفع رب المال ماله الى الذى يعمل له فيه فان بدا لأحدهما أن يترك ذلك والمال ناض لم يشتر به شيأ تركه وأخذ صاحب المال ماله وان بدا لرب المال أن يقبضه بعد ان يشترى به سلعة فليس ذلك له حتى يباع المتاع ويصير عينا فان بدا للعامل أن يرده وهو عرض لم يكن له ذلك حتى يبيعه فيرده عينا كما أخذه ﴾ ش وهذا على ما قال انه لا يجوز أن يوقت القراض بمدة معلومة لا يجوز فسخه قبلها وان عاد المال عينا وان انقضت المدة فقد كمل القراض فلا يكون للعامل ولا عليه أن يبيعه ولا يعمل به اذا كان عرضا عند انقضاء المدة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وقال أصحاب بعض أبى حنيفة ذلك جائز والدليل على ما نقوله انه عقد جائز فلم يتوقت بمدة من الزمان كالشركة ووجهه ان القراض عقد جائز ومعنى ذلك ان لكل واحد من المتعاقدين فسخه متى شاء ولم يوقت بزمن لم يكن لكل واحد منهما ذلك لان التوقيت يمنع ذلك (مسئلة) فان وقع ذلك فحكى ابن المواز عن ابن نافع ان وقع فسخت الشرط وأثبتهما

قال مالك لا يجوز للذى يأخذ المال قراضا أن يشترط أن يعمل فيه سنين لا ينزع منه قال ولا يصلح لصاحب المال أن يشترط انك لا ترده الى سنين لأجل يسميانه لأن القراض لا يكون الى أجل ولكن يدفع رب المال ماله الى الذى يعمل له فيه فان بدا لأحدهما أن يترك ذلك والمال ناض لم يشتر به شيأ تركه وأخذ صاحب المال ماله وان بدا لرب المال أن يقبضه بعد أن يشترى به سلعة فليس ذلك له حتى يباع المتاع ويصير عينا فان بدا للعامل أن يرده وهو عرض لم يكن ذلك له حتى يبيعه فيرده عينا كما أخذه

على قراضهما قال ابن مزين هو حسن قبل العمل وأما بعد ان يعمل فهو أجير والربح لصاحب المال والضمان منه

(فصل) وقوله وان بدا لرب المال أن يقضيه بعد ان يشترى سلعة فليس ذلك له يريد ان عقد القراض يلزم بتغير عين المال والذى يلزم منه عمل معتاد فى مثله يرجع به المال الى ما كان عليه من العين لتمكن الانفصال فيه ولا يلزم زيادة عليه بان يبتاع به سلعة أخرى أو يستأنف به تجارة ثانية وذلك مبنى على أصلين أحدهما ان القراض من العقود الجائزة التى لكل واحد منهما فسخه والثانى ان القراض لا يقع الانفصال فيه الا وهو على الصفة التى انعقد عليها وذلك بان يعود المال عينا على الصفة التى انعقد بها القراض فاذا ثبت الأصلان فلكل واحد من المتعاقدين فسخه ما كان عينا فاذا غيره فى سلعة لزمه العمل به الى أن يعود المال عينا فيمكن الانفصال به ويلزم رب المال تركه بيده اذا صار عرضا ليتخلص للعامل حصته من الربح التى لها عمل وذلك لا يكون الا بان يصير المال عينا يرد منه رأس المال ويتخلص بعد ذلك الربح لتصح المقاسمة فيه

﴿ زكاة القراض ﴾

ص ﴿ مالك لا يصلح لمن دفع الى رجل مالا قراضا أن يشترط عليه الزكاة فى حصته من الربح خاصة لأن رب المال اذا اشترط ذلك فقد اشترط لنفسه فضلا من الربح ثابتا فيما سقط عنه من حصة الزكاة التى تصيبه من حصته ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل زكاة رأس المال لأن ذلك يعود الى أن يشترط عليه عددا من الربح ينفرد به ثم تطرأ القسمة بعد ذلك وربما استغرق بعد ذلك العدد جميع الربح فيسقط حظ العامل من الربح مع وجوده واشتراطه له وذلك ينافى الجواز لما فيه من الجهالة (مسئلة) فان اشترط على العامل زكاة الربح من حصته فقد اختلف أصحابنا فى ذلك فروى أشهب عن مالك فى كتاب ابن المواز لا خير فى ذلك وروى عنه ابن القاسم وغيره أن ذلك جائز وبه قال أشهب وجه رواية أشهب أن ذلك مجهول لأنه قد يقع التتارك بينهما قبل وجوب الزكاة فى المال وجه رواية ابن القاسم أنه اشترط عليه جزأ شائعا فكان جائزا بمنزلة أن يشترط عليه النصف وربع العشر وللعامل النصف غير ربع العشر (مسئلة) فان اشترط العامل على رب المال الزكاة فهو على ضربين أحدهما أن يشترط زكاة الربح من رأس المال والثانى أن يشترط زكاة حصته من الربح فى حصة رب المال من الربح فان اشترط زكاة المال من رأس الربح فقد قال عيسى لا يجوز وحكى القاضى أبو محمد جواز ذلك وجه رواية عيسى أن ذلك من الجهالة والغرر لأنه لا يدرى ما شرط عليه فى رأس ماله فى قلته أو كثرته ولا يدرى هل يثبت ذلك أم لا لأنه ان كان فيه ربح لزم رب المال أداء الزكاة عنه وان لم يكن فيه ربح فلا شئ عليه ووجه رواية القاضى أبى محمد أن زكاة رأس المال على رب المال وزكاة الربح منه ثم تقع القسمة بعد ذلك فاذا شرط العامل الزكاة على رب المال فانما شرط عليه زيادة جزء من الربح ولا تأثير لتخصيصه برأس المال لأن لرب المال أن يدفعه من حيث شاء كما لو شرط الزكاة رب المال على العامل ص ﴿ مالك ولا يجوز لرجل أن يشترط على من قارضه أن لا يشترى الا من فلان لرجل يسميه فذلك غير جائز لأنه يصير له أجيرا بأجر ليس بمعروف ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن لا يشترى الا من فلان وقال أبو حنيفة هو جائز وقد تقدم الكلام فيه واحتج مالك فى ذلك بانه اذا عين

﴿ زكاة القراض ﴾

* قال مالك ولا يصلح لمن دفع الى رجل مالا قراضا أن يشترط عليه الزكاة فى حصته من الربح خاصة لأن رب المال اذا اشترط ذلك فقد اشترط لنفسه فضلا من الربح ثابتا فيما سقط عنه من حصة الزكاة التى تصيبه من حصته ولا يجوز للرجل أن يشترط على من قارضه أن لا يشترى الا من فلان لرجل يسميه فذلك غير جائز لأنه يصير له أجيرا بأجر ليس بمعروف

له هذا التعيين فانما هو رسول لأن العامل في المال سنته التصرف وطلب الاسترخاص فاذا منع
من ذلك ونص على الابتياع من معين فانما هو رسول الى ذلك الرجل المعين يبتاع منه لرب المال فلا
يجوز أن تتعلق أجرته بضمان المال لأن وجوده مجهول ومقداره مجهول (مسئلة) وسواء كان
ذلك الرجل موسرا لا تعدم عنده السلع والمتاجر أو معسرا يعدم ذلك عنده قاله عيسى ورواه يحيى
ابن يحيى عن ابن نافع ووجه ذلك أن هذا الشرط يمنع وجود النماء غالبا ويعدمه على اختيار ذلك
الرجل المعين لأن له أن يمتنع من مبايعته جملة أو من مبايعته الا بما شاء من الثمن الذى لا يرجى بعده
ربح (فرع) فان وقع قال ابن نافع يفسخ مالم يفت فان فات صحح بما يصح به القراض الفاسد
(مسئلة) وكذلك لو شرط عليه أن لا يتجر الا في حانوت معين وأما ان شرط عليه أن لا يتجر الا ببلد
معين فان كان حيث عقدا القراض وكان لا يعدم فيه التجارة التي يقصدان لعظم ذلك البلد وكثرة
متاجره فهو جائز وان كانت تلك المتاجر تعدم فيه لصغره لم يجز فأما ان كان بغير بلد القراض وانما
شرط عليه أن يخرج اليه فذلك على ضربين أحدهما أن يخرج اليه ليتجر به والثاني أن يخرج اليه
ليبيع فيه ما يحمل اليه ويجلب منه ما يشتري فأما الاول فقال ابن حبيب هو جائز ووجه ذلك انه
شرط عليه التجارة ببلد يعلم وجودها به أبدا كما لو شرط عليه ببلد عقد القراض وأما الثاني فاختلف
فيه أصحابنا فروى ابن القاسم عن مالك المنع منه وبه قال ابن حبيب وروى أبو زيد في ثمانيته عن
ابن الماجشون فيمن دفع الى رجل ألف دينار قراضا يذهب بها الى بلد من البلدان بعينه ليشتري بها
متاعا ويقدم بها الى المدينة لا يبيع الا بها وشرط ذلك عليه أن ذلك جائز وهو قراض الناس لم أسمع
فيه اختلافا وروى أصبغ عن ابن القاسم اجازته فيمن قارض رجلا على أن يخرج الى البحيرة أو
الفيوم يشترى بها طعاما قيل له فالمكان بعيد مثل برقة وافريقية على أن يخرج اليها يشتري بها فقال
لا بأس بذلك وجه الرواية الاولى أن هذا اشترط على العامل سفرا بعينه وربما عدم التجارة والربح
فيه لكساد سوق أو انقطاع طريق فوجب أن لا يجوز كما لو اشترط عليه التجارة في سلعة بعينها وجه
القول الثاني أن هذا نوع من التجارة لا يكاد يخلفه التصرف فيه على المعهود فجاز أن يقصر العامل
عليه كالتجار في البز ص ﴿ قال مالك في الرجل يدفع الى الرجل مالا قراضا ويشترط على الذى
دفع اليه المال الضمان * قال مالك لا يجوز لصاحب المال أن يشترط في ماله غير ما وضع القراض عليه
وما مضى من ربح سنة المسلمين فيه فانما المال على شرط الضمان كان قد ازداد في حقه من الربح من
أجل موضع الضمان وانما يقتسمان الربح على ما لو أعطاه اياه على غير الضمان وان تلف المال لم أر على
الذى أخذه ضمانا لأن شرط الضمان في القراض باطل ﴾ ش وهذا كما قال ان لرب المال اذا شرط
الضمان على العامل أن ذلك يقتضي فساد العقد ووجه ذلك ان عقد القراض لا يقتضي ضمان العامل
وانما يقتضي الامانة ولا خلاف في ذلك فلذلك اذا شرط نقل الضمان عن محله باجماع اقتضى ذلك
فساد العقد والشرط فان ادّعى ضياعه أو سرقته صدق وان ادّعى رده الى صاحبه فالقول قوله مع
يمينه ان كان دفع اليه بغير بينة وان كان دفع اليه ببينة لم يبرأ الا ببينة (مسئلة) فاذا دفع القراض
على الضمان وجب فسخه مالم يفت فان فات بطل الشرط ورد فيما قد مضى منه مالا بد منه في تحصيل
رأس المال على هيئته الى قراض المثل على ما روى عن مالك في رد جميع القراض الفاسد الى
قراض المثل وهو معنى قوله وانما يقتسمان الربح على ما لو أعطاه اياه على غير ضمان (مسئلة) فان
ادعى خسارة وكان وجه ما ادعاه معروفا بان يكون من سافر مثل سفره أو تجر مثل تجارته أصابه

قال مالك في الرجل يدفع
الى رجل مالا قراضا
ويشترط على الذى دفع اليه
المال الضمان قال لا يجوز
لصاحب المال أن يشترط
في ماله غير ما وضع
القراض عليه ومامضى
من سنة المسلمين فيه فان
نما المال على شرط الضمان
كان قد ازداد في حقه من
الربح من أجل موضع
الضمان وانما يقتسمان
الربح على مالو أعطاه
اياه على غير ضمان وان
تلف المال لم أر على الذى
أخذه ضمانا لأن شرط
الضمان في القراض باطل

* قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه أن لا يبتاع به الا نخلا أو دواب لأجل أنه يطلب ثمر النخل أو نسل الدواب ويحبس رقابها * قال مالك لا يجوز هذا وليس هذا من سنة المسلمين فى القراض الا أن يشترى ذلك ثم يبيعه كما يباع غيره من السلع * قال مالك لا بأس أن يشترط المقارض على (١٦٥) رب المال غلاما يعينه به على أن يقوم معه الغلام فى المال اذا لم يعد أن يعينه فى المال لا يعينه فى غيره

﴿ القراض فى العروض ﴾

* قال يحيي قال مالك لا ينبغى لأحد أن يقارض أحدا الا فى عين لأنه لا تنبغى المقارضة فى العروض لأن المقارضة فى العروض انما تكون على أحد وجهين اما أن يقول له صاحب العرض خذ هذا العرض فبعه فاخرج من ثمنه فاشتر به وبع على وجه القراض فقد اشترط صاحب المال فضلا لنفسه من بيع سلعته وما يكفيه من مؤنتها أو يقول اشتر بهذه السلعة وبع فاذا فرغت فابتع لى مثل عرضى الذى دفعت اليك فان فضل شئ فهو بينى وبينك ولعل صاحب العرض أن يدفعه الى العامل فى زمن هو فيه نافق كثير الثمن ثم يرده العامل حين يرده وقد رخص فيشتريه بثلث ثمنه أو أقل من ذلك فيكون العامل قد ربح نصف ما نقص من ثمن العرض فى حصته من الربح أو يأخذ العرض فى زمان ثمنه فيه قليل فيعمل فيه حتى يكثر المال فى يده ثم يغلو ذلك العرض ويرفع ثمنه حين يرده فيشتريه بكل ما فى يده فيذهب عمله وعلاجه باطلا فهذا غرر لا يصلح فان جهل ذلك حتى يمضى نظر الى قدر أجر الذى دفع اليه القراض فى بيعه اياه وعلاجه فيعطاه ثم يكون المال قراضا من يوم نض المال واجتمع عينا ويرد الى قراض مثله

ذلك أو كان وجهه معروفا فهو مصدق وان ادعى من ذلك ما لا يعرف فروى ابن أيمن عن مالك انه ضامن ص ﴿ قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه أن لا يبتاع به الا نخلا أو دواب لأجل أنه يطلب ثمر النخل أو نسل الدواب ويحبس رقابها * قال مالك لا يجوز هذا وليس هذا من سنة المسلمين فى القراض الا أن يشترى ذلك ثم يبيعه كما يباع غيره من السلع ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز أن يشترط رب المال على العامل أن يشترى به نخلا يوقف رقابها ويكون ربحها ثمارها لان العمل الذى يعامل عليه المقارض هو التجارة دون السقى والقيام على النخل ولا يجوز أن يكون عوضا عن سقى النخل والقيام عليها غير مقدرة وانما يجوز له أن يكون حصة من ثمرة ذلك النخل كما لا يجوز أن يكون العرض والثمرة عوضا عن عمل التجارة وكذلك القيام على الدواب لا يجوز أن يكون العوض عليه جزأ من نسلها لانها انما تزكو بغير عمل كالماشية ووجه آخر وهو انه قد يجد العامل بارقاب الربح فيكون ممنوعا منه وهو المقصود بالقراض وفى كتاب محمد والواضحة عن مالك اذا اشترط رب المال على العامل أن يزرع مثل ذلك ص ﴿ قال مالك لا بأس أن يشترط المقارض على رب المال غلاما يعينه به على أن يقوم معه الغلام فى المال اذا لم يعد أن يعينه فى المال لا يعينه فى غيره ﴾ ش وهذا كما قال لا بأس أن يشترط العامل على رب المال اذا كان كثيرا غلاما يعينه فيه بالخدمة دون غيره من الأموال ولو اشترط خدمة الغلام فيما يخص العامل لم يجز وانما ذلك كالمساقاة يجوز للعامل أن يشترط على رب الحائط الكبير الغلام يعينه فى السقى والخدمة

﴿ القراض فى العروض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك لا ينبغى لأحد أن يقارض أحدا الا فى العين لانه لا تنبغى المقارضة فى العروض لان المقارضة فى العروض انما تكون على أحد وجهين إما أن يقول له صاحب العرض خذ هذا العرض فبعه فاخرج من ثمنه فاشتر به وبع على وجه القراض فقد اشترط صاحب المال فضلا لنفسه من بيع سلعته وما يكفيه من مؤنتها أو يقول اشتر بهذه السلعة وبع فاذا فرغت فابتع لى مثل عرضى الذى دفعت اليك فان فضل شئ فهو بينى وبينك ولعل صاحب العرض أن يدفعه الى العامل فى زمن هو فيه نافق كثير الثمن ثم يرده العامل حين يرده وقد رخص فيشتريه بثلث ثمنه أو أقل من ذلك فيكون العامل قد ربح نصف ما نقص من ثمن العرض فى حصته من الربح أو يأخذ العرض فى زمان ثمنه فيه قليل فيعمل فيه حتى يكثر المال فى يده ثم يغلو ذلك العرض ويرتفع ثمنه حين يرده فيشتريه بكل ما فى يده فيذهب عمله وعلاجه باطلا فهذا غرر لا يصلح فان جهل ذلك حتى يمضى نظر الى قدر أجر الذى دفع اليه القراض فى بيعه اياه وعلاجه فيعطاه ثم يكون المال قراضا من يوم نض المال واجتمع عينا ويرد الى قراض مثله ﴾ ش وهذا كما قال انه لا ينبغى القراض الا بالعين

الدنانير والدراهم وقدتقدم تفسير ذلك فان قارضه بعرض فان ذلك يكون على وجهين أحدهما أن يقول له بع هذا العرض فاذا نض ثمنه فاعمل به قراضا يكون الثمن رأس المال فهذا لايجوز و به قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة هو جائز والدليل على مانقوله ان هذا شرط مستأنف فلم يجز تعليق القراض به أصل ذلك هبوب الرياح ونزول المطر واستدلال في المسئلة وهو ان هذا قراض واجارة فلم يجز أن يجتمعا في عقد لاختلاف مقتضاهما (مسئلة) والوجه الثاني أن يقول له خذ هذا العرض على القراض يكون العرض رأس المال ترد الى بعد تمام العمل مثله فما فضل شئ فهو ربح بيني و بينك فهذا أيضا لايجوز خلافا لابن أبي ليلى في تجويزه ذلك والدليل عليه ما احتج به مالك من الغرر وهو انه يجوز أن يأخذ العرض في وقت رخصه و يرده في وقت غلائه فيذهب رب المال بربح المال أو يأخذه في وقت نفاقه و يرده في وقت كساده فيشتريه ببعض رأس المال و يقاسمه البعض الآخر دون أن ينمى بعمله ولذلك لم يجز القراض بما تختلف أسواقه و يختص ببعض الأوقات نفاقه

(فصل) وقوله فان جهل ذلك حتى يمضي الى آخر الفصل يريد في الوجهين جميعا من كتاب محمد وابن حبيب انه لما كان القراض لايجوز الا بالعين وجب أن يصحح به عند الفوات فيكون القراض من وقت صح الثمن وحصل بيد العامل وما كان قبل ذلك فلا يمكن رده الى القراض الصحيح لانه لايصح القراض به لوجه فكان فيه أجرة المثل وهذا كما يقول ان البيع الفاسد يصحح بعد الفوات و يرد الى البيع الصحيح اذا كان المبيع يصح بيعه فاذا لم يصح بيعه لم يرد الى البيع الصحيح (فرع) وذكر الشيخ أبو محمد بن أبي زيد في ذلك قسما ثالثا وهو اذا اعطاه عرضا بقيمته وجعلا تلك القيمة رأس المال فقال أبو محمد يظهر الى انه ان كان قصد الى أن يعمل بالثمن و يكون ماقوم به رأس المال انه أجير في كل شئ لانها زيادة مشترطة اما لرب المال واما للعامل بخلاف القراض بالعرض فلا يقدر له ثمن قال وهذا على أصل ابن القاسم * قال القاضي أبو الوليد وعندي ان هذا الوجه له حكم الوجهين المتقدمين لانه لو جاز أن يقال في هذا انه أجير لا بد أن تكون القيمة فيها زيادة لأحدهما من الآخر لجاز أن يقال ذلك في القراض بنقد لانه لا بد أن يرده وقيمته أكثر فهذه زيادة لرب المال أو يرده وقيمته أقل فهذه زيادة للعامل

﴿ الكراء في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاشترى به متاعا فحمله الى بلد التجارة فبار عليه وخاف النقصان ان باع فتكارى عليه الى بلد آخر فباع بنقصان فاغترق الكراء أصل المال كله * قال مالك ان كان فيما باع وفاء للكراء فسبيله ذلك وان بقي من الكراء شئ بعد أصل المال كان على العامل ولم يكن على رب المال منه شئ يتبع به وذلك أن رب المال انما أمره بالتجارة في ماله فليس للمقارض أن يتبعه بما سوى ذلك من المال ولو كان ذلك يتبع به رب المال لكان دينا عليه من غير المال الذي قارضه فيه فليس للمقارض أن يحمل ذلك على رب المال ﴾ ش وهذا كما قال لان رب المال أطلق يد العامل من ماله على رأس مال القراض دون غيره فكل ما عمل فيه العامل من عمل على وجه النظر عاد ذلك بخسران أو ربح فانه يلزمه فيه دون سائر أمواله فان لحق العامل بعد ذلك غرم بسبب مال القراض فهو ملتزم متعد في التزامه فكان عليه غرمه

﴿ الكراء في القراض ﴾
* قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاشترى به متاعا فحمله الى بلد التجارة فبار عليه وخاف النقصان ان باع فتكارى عليه الى بلد آخر فباع بنقصان فاغترق الكراء أصل المال كله * قال مالك ان كان فيما باع وفاء للكراء فسبيله ذلك وان بقي من الكراء شئ بعد أصل المال كان على العامل ولم يكن على رب المال منه شئ يتبع به وذلك أن رب المال انما أمره بالتجارة في ماله فليس للمقارض أن يتبعه بما سوى ذلك من المال ولو كان ذلك يتبع به رب المال لكان دينا عليه من غير المال الذي قارضه فيه فليس للمقارض أن يحمل ذلك على رب المال

﴿ التعدى فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح ثم اشترى من ربح المال أو من جملته جارية فوطئها فحملت ثم نقص المال * قال مالك ان كان له مال أخذت قيمة الجارية من ماله فيجبر به المال فان كان فضل بعد وفاء المال فهو بينهما على القراض الأول وان لم يكن له وفاء بيعت الجارية حتى يجبر المال من ثمنها ﴾ ش وهذا كما قال ان من ابتاع جارية من مال القراض فوطئها فحملت منه فان كان له مال أخذت منه قيمتها ولا فرق فى هذا بين أن يبتاعها من مال القراض على وجه الاستيلاد و بين أن يكون بيده جارية من مال القراض فيطؤها فتحمل منه قاله ابن حبيب واختلف أصحابنا فى القيمة التى تلزمه بذلك ففى كتاب محمد يلزمه الأكثر من قيمتها يوم الوطء وقال ابن حبيب يلزمه الأكثر من قيمتها أو ثمنها يوم الوطء وجه القول الأول انه انما تعدى عليها بالوطء و به فاتت فلزمته قيمتها يوم وطئها ووجه قول محمد أن رب المال لو أدركها قبل الحمل لم يمنعها الوطء من أخذها منه وردها الى القراض فاذا فاتت بالحمل بعد ذلك وهو الذى يمنع ردها الى القراض وكانت قيمتها يوم الحمل أكثر لزمته قيمتها يوم الحمل وان كانت قيمتها يوم الوطء أكثر لزمته قيمتها يوم الوطء لانه وقت ابتداء التفويت فيها والوطء كان سبب فواتها وان كان ثمنها أكثر لزمه ذلك لان الثمن أتلف بالتعدى وقد رضى بضمانه حين وطئها وكان ذلك بمنزلة ما لو تسلف ثمنها (مسئلة) وان كان عديما فتعدى على جارية من القراض فوطئها فحملت كان صاحب المال مخيرا بين أن يضمنها له ويتبعه بقيمتها فى ذمته والقيمة فى ذلك يوم الوطء وليس له من قيمة ولدها ولا مما نقصها الوطء شئ و بين أن تباع عليه جميعا ان لم يكن فى المال ربح أو حصته منها ان كان فى المال ربح فان نقص ثمن ما بيع منها من ذلك النصيب الذى بيعت عن قيمتها يوم الوطء اتبعته بذلك النقصان بنصيبه من قيمة الولد وان شاء تمسك بنصيبه منها واتبعه بما يصيبه من قيمة الولد قاله عيسى وهذا على ما اختاره ابن القاسم وأما على اختيار أشهب فانه من ضمن قيمة أمته بالوطء من شريك أو مقارض فانه لا شئ عليه من قيمة ولدها وجه قول ابن القاسم ان القيمة انما يحكم بها عليه يوم الحكم فما كان فيها من ولد قبل ذلك فهو لصاحب المال ووجه قول أشهب أن القيمة انما تكون يوم الوطء فيجب أن يسقط فيها ما كان من نماء بعد ذلك فراعى ابن القاسم يوم التقويم وراعى أشهب يوم القيمة والله أعلم (مسئلة) فان كان معدما وتسلف من مال القراض فاشترى جارية فأحبلها فالذى قاله مالك ان رب المال مخير بين أن يجيز له ذلك و بين أن تباع له فى المال الذى تسلف وروى ابن القاسم عن مالك انه يتبع به فى ذمته فى العدم بقيمتها ولا تباع وجه الرواية الأولى أن هذا دفع المال اليه على وجه التنمية لرب المال فليس له أن ينفرد بالانتفاع به أصل ذلك اذا أبضع معه مالا ليشترى به ما وجد له فاشترى به جارية فأحبلها أو ثوبا يختص به ووجه الرواية الثانية انه انما استسلف عينا وعليها وقع تعديه فكان ما اشترى فيه للمتعدى لا سيما وقد تسبب بحرمة العتق فاذا لزمته القيمة فلم أمنع صاحب المال من عوضه لانه لم يدفع اليه المال ليشترى به جارية وانما دفعه اليه ليطلب الربح فاذا حكمت له بالقيمة فقد مضى له بحصته من الربح ولو اشترى المودع بالوديعة جارية فحملت منه فلا اتباع عليه فى يسر ولا عسر والفرق بين الوديعة و بين القراض والبضاعة ان الوديعة لم توضع عنده للتنمية فيكون قد قصد الى ابطال غرض صاحبها عنها وانما جعلت عنده للحفظ وتسلفها لا ينافى حفظها

﴿ التعدى فى القراض ﴾

* قال يحيي قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح ثم اشترى من ربح المال أو من جملته جارية فوطئها فحملت ثم نقص المال قال مالك ان كان له مال أخذت قيمة الجارية من ماله فيجبر به المال فان كان فضل بعد وفاء المال فهو بينهما على القراض الأول وان لم يكن له وفاء بيعت الجارية حتى يجبر المال من ثمنها

على قول مالك لان المودع أن يتسلفها والوديعة والقراض انما دفعا اليه للتنمية فاذا تسلفها فقد قصد الى ابطال غرض صاحب المال منها فلم يكن له ذلك يبين ذلك أنه لو ابتاع بمال القراض أو البضاعة ثوبا لنفسه لم يكن أحق به من رب المال ولو ابتاع بالوديعة ثوبا لنفسه كان أحق به من رب المال والله أعلم (مسئلة) فان وطئ العامل جارية من مال القراض فلم تحمل أو تسلف من مال القراض فاشترى جارية فوطئها فلم تحمل فان كانت عينا فرب المال مخير بين أن يضمنه قيمتها وبين أن يتركه قاله مالك في الذي تسلف من مال القراض فاشترى به جارية ومعنى ذلك انه يضمنه قيمتها يوم الوطء أو يلزمه اياها بالثمن ووجه ذلك أن صاحب المال لو أدركها قبل الوطء لكان له ردها الى مال القراض فلما فاتت بالوطء لم يكن له ذلك وكان له أن يلزمه القيمة يوم الفوت أو يسوغ الاستسلاف فيطالبه بالثمن فان كان معسرا فالذي روى ابن القاسم عن مالك انها تباع فيما لزمه من القيمة ووجه ذلك انه قد فات استرجاعها الى مال القراض بالوطء لماله في ذلك من الشبهة التي أسقطت الحد لما في ذلك من اعارة الفرج ولم يفت بيعها عليه فلصاحب المال أن يبيعها عليه فيما لزمه من القيمة أو يؤخر ذلك عليه أو يطالبه بالثمن عاجلا يبيعها به أو مؤجلا يتبعه به وهذا حكم البضاعة اذا ابتاع بها فوطئها فانه يفوت بالوطء ردها الى البضاعة وبالله التوفيق ص ✽ قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتعدى فاشترى به سلعة وزاد في ثمنها من عنده قال مالك صاحب المال بالخيار ان بيعت السلعة بربح أو وضيعة أو لم تبع ان شاء أن يأخذ السلعة أخذها وقضاه ما أسلفه فيها وان أبى كان المقارض شريكا له بحصته من الثمن في النماء أو النقصان بحساب ما زاد العامل فيها من عنده ✽ ش قوله اذا تعدى فاشترى به سلعة وزاد في ثمنها يقتضي انه فعل ما لا يجوز فعله والشراء بأكثر من رأس مال القراض يقع على أربعة أوجه منها ما هو نقد ومنها ما ليس بنقد أحدها أن يكون بيده مال لنفسه أو لغيره وغير صاحب مال القراض فيريد أن يشرك بين المالين فهذا ليس بتعد فيه وهو جائز له بغير اذن رب المال ولا اشتراط حين عقد القراض فان شرط ذلك حين عقد القراض فاختلف أصحابنا فيه ففي المدونة عن ابن القاسم المنع منه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن القاسم اجازته اذا شرط رب المال على العامل قاله مالك وقال أشهب ما لم يقصدا فيه استقرار الربح لقلة مال القراض وكثرة المال الآخر وجه ما في المدونة ما احتج به ابن القاسم من ان رب المال يشترط في ذلك استقرار الربح بمال العامل والانتفاع به لان التجارة بكثرة المال أشد تأتيا والارباح أغزر وأمكن واذا منع من ذلك صاحب المال وجب أن يكون يمنع العقد وجوده فيه ووجه الرواية الثانية ان اشتراط رب المال له لا تهمة فيه لانه لا يأخذ الاربح ماله ✽ قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي ان اشتراط رب المال لا تهمة فيه لانه لا يأخذ الاربح ماله النقد من اشتراط العامل له فعله بغير شرط فلم يؤثر اشتراطه غير ما يقتضيه العقد (فرع) فان قلنا بالمنع من ذلك وشرط ذلك رب المال فهل يفسخ أم لا قال أصبغ فيمن أخذ قراضا يشترط أن يخلطه بماله أو على ان شاء خلطه بغير شرط الاول أشد فان فعلا لم يفسخ به القراض في الوجهين وليس بحرام (مسئلة) والوجه الثاني أن يسلفه صاحب المال ما يزيده في ثمن السلعة فهذا هو متعد فيه وقال مالك ان رب المال بالخيار بيعت السلعة بربح أو وضيعة أو لم تبع بين أن يأخذ السلعة ويقتضي ما أسلفه فيها وبين أن يكون المقارض شريكا له بحصته من الثمن في النماء والنقصان بحسب ما زاد العامل فيها من عند نفسه وقال ابن القاسم في المدونة ان كان ما أسلفه العامل رب المال صبغ به الثياب أو قصرها فان رب المال مخير

✽ قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتعدى فاشترى به سلعة وزاد في ثمنها من عنده قال مالك صاحب المال بالخيار ان بيعت السلعة بربح أو وضيعة أو لم تبع ان شاء أن يأخذ السلعة أخذها وقضاه ما أسلفه فيها وان أبى كان المقارض شريكا له بحصته من الثمن في النماء أو النقصان بحسب ما زاد العامل فيها من عنده

* قال يحيى قال مالك فى رجل أخذ من رجل مالا قراضا ثم دفعه الى رجل آخر فعمل فيه قراضا بغير اذن صاحبه انه ضامن للمال ان نقص فعليه النقصان وان ربح فلصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذى عمل شرطه بما بقى من المال

بين أن يدفع اليه ما أقرضه فيكون على القراض أو يكون شريكاله بما أدى ويكون الربح والخسارة بينهما على ذلك وقال غير ابن القاسم رب المال مخير بين أن يدفع اليه ما أدى فيكون رب المال شريكا به لمال القراض فان كان نماء أو نقص قصر على قيمة الصبغ و رأس المال أو يكون للعامل فيه أجرة المثل و بين أن يضمنه الثياب التى طرزها وقصرها بماله و بين أن يكون العامل شريكاله بقيمة الصبغ من قيمة الثياب وجه قول ابن القاسم ان العامل لما صرف ما صبغ به وقصر فى مال القراض كان الظاهر انه انما أسلفه رب المال ليلحقه بالقراض فان رضى ذلك رب المال كان من جملة القراض وان رد ذلك عليه كان العامل شريكاله لانه انما أنفقه وصرفه على وجه التجارة وطلب الربح فيه وليس له أن يضمنه الثياب لانه لم يتعد فيها بل عمل فيها ما كان له أن يعمل و وجه قول الغير ان العامل اذا أسلف رب المال وقبض صاحب المال السلف كان بمنزلة أن يكون رب المال دفع ذلك المال الذى طرز به وصبغ من عنده ولو فعل ذلك لكان شريكا به لمال القراض لانه لم يأذن له فى ان يلحقه بالقراض وانما يكون للعامل فى ذلك أجر مثله وان أبى رب المال من قبول السلف جازله أن يضمنه الثياب لانه قد تعدى بخلط ماله بمال القراض بعد الشراء به فى وقت لا يجوز له خلط ماله به (مسئلة) فان كان ما أسلفه اكترى به على مال القراض فان العامل لا يكون به شريكا وان ذلك له دين فى مال القراض فان لم يبق من مال القراض شئ فلا شئ له و وجه ذلك ما احتج به ابن القاسم ان الصبغ يحسب فى رأس المال وله حظ من الربح لمن باع مرابحة والكراء لا يحسب له ربح لانه غير سلعة قائمة فى البز وانما يكون شريكا بالسلعة القائمة (فرع) فاذا أضاف الى مال القراض ما يكون به شريكا كالصبغ والقصارة فذهب المال الى قدر ما أضاف اليه فانه لا يكون له منه الا بقدر حصته وان كان ما أضافه اليه لا يكون به شريكا كالكراء فتلف المال الا بقدر الكراء فانه أحق به قاله ابن المواز ووجه ذلك ان ثمن الصبغ والقصارة هو به شريك والكراء سلف * قال القاضى أبو الوليد وعندى ان له أخذه من مال القراض لانه قضى عنه ما لزمه كمن قضى عن غيره بغير أمره فيكون له ذلك فى مال القراض (مسئلة) والوجه الثالث أن يقرض مال القراض والوجه الرابع أن ينفق ولم يقصد شيأ من ذلك ص ﴿ قال يحيى قال مالك فى رجل أخذ من رجل مالا قراضا ثم دفعه الى رجل آخر فعمل فيه قراضا بغير اذن صاحبه انه ضامن للمال ان نقص فعليه النقصان وان ربح فلصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذى عمل شرطه بما بقى من المال ﴾ ش وهذا كما قال ان من دفع الى رجل مالا قراضا ثم دفعه العامل الى رجل آخر فعمل فيه على القراض دون اذن صاحب المال فانه لا يجوز أن يدفعه اليه وهو على حاله لم ينقص ولم يزد أو يدفعه اليه وقد دخله زيادة أو نقص فان دفعه اليه وهو على حاله فدخله نقص بيد الثانى فالأول ضامن لانه متعد فى دفع المال الى غيره فلزمه الضمان بذلك التعدى (مسئلة) فان كان ماله غير ما كان عليه فلا يخلو أن يكون دخله زيادة أو نقص فان دخلته زيادة وكان أعطاه على مثل ما أخذه عليه من القراض فان صاحب المال يقاسم العامل الثانى على حسب ما كان يقاسم عليه الأول ثم يأخذ العامل الأول من الثانى ما كان يأخذه من المال لو قاسم صاحبه يوم دفعه الى الثانى ويكون رأس المال عند الثانى ما دفعه اليه الأول من المال وربحه ويكون للعامل الأول نصيبه من الربح الذى ظهر عنده وأسلمه الى العامل الثانى (مسئلة) ولو دخل المال نقص بيد العامل الأول ثم أخذه الثانى على مثل ذلك الربح فربح فعند ابن القاسم ان رأس المال بيد الثانى ما كان رأس المال

عند الأول وعند الغير ان رأس المال هو ما صار الى العامل الثاني من المال وذلك مثل أن يكون رأس المال ثمانين فيضيع منه عند العامل الأول أربعون ويدفع الى العامل الثاني أربعين فصارت بعمل الثاني مائة فقد قال ابن القاسم في المدونة ان صاحب المال يأخذ رأس ماله ثمانين ونصف ما بقي باسم الربح وذلك عشرة ويأخذ العامل الثاني العشرة الباقية ويرجع على العامل الاول ببقية ماله من الربح لان الربح في حقه ستون له منها النصف وذلك ثلاثون قال سحنون وقال غيره بل رأس المال ما بيد العامل وذلك أربعون ثم يأخذ نصف الربح وذلك ثلاثون ثم يرجع صاحب المال على العامل الاول وان كان أتلف الاربعين بعد أخذها منه فيكمل له مائة وعشرة وان كانت تلفت بغير نقد رجع عليه بعشرين وقد أخذ سبعين فيكمل عنده رأس ماله وربحه تسعين ووجه قول ابن القاسم ان أصل المال وربحه على ملك صاحب المال فهو أحق به من العامل حتى يستوفي رأس ماله وربحه على ما أعطاه عليه ويد العامل ليست بيد تملك ولا مسلم اليها بحق بل انما صار اليه المال بالتعدي وهو مقر بأصل المال وان كان أتلف الأربعين منه وربحه لصاحبه وهذا هو الظاهر من قول مالك في الاصل ان لصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذي عمل شرطه مما بقي من المال فجعل صاحب المال مقدما بأخذ ماله بأصل عقد القراض وما شرطه فيه ثم يأخذ بعده العامل الثاني لأن ثم للترتيب والله أعلم ووجه قول الغير ان المال بيد العامل الثاني على وجه القراض فكان أحق بما يدعيه من ربحه كما لو اختلف العامل وصاحب المال في الربح فان القول قول العامل والله أعلم (مسئلة) فان أخذ المال العامل الثاني على غير الجزء الذي أخذه عليه العامل الاول وذلك مثل أن يأخذه الاول على النصف فيدفعه الى الثاني على الثلثين ففي المدونة قال ابن القاسم هو ضامن عند مالك فان ربح الثاني فرب المال أولى بثلثي الربح بجميع نصف الربح وللعامل الثاني النصف ثم يرجع على العامل الاول بالسدس الذي بقي له ويجيء على قول الغير ان العامل الثاني أولى بثلثي الربح ثم يرجع صاحب المال على العامل الاول بتمام ما يجب له من الربح والله أعلم

(فصل) وقوله ان ربح فلصاحب المال شرطه من الربح يريد انه أولى به من العاملين على ما تقدم وقوله ثم يكون للذي عمل شرطه مما بقي من المال يريد انه انما يأخذ بعد استيفاء صاحب المال ما شرطه فيأخذ هذا ما شرط أيضا من باقي المال وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يكون في المال ربح من تجارته فيأخذه وهذا انما يكون اذا قبض للثاني رأس المال كاملا فتكون من في قوله مما بقي زائدة والوجه الثاني أن يكون أخذه وفيه نماء وتجارة الاول فيأخذ الثاني ماله من الربح الذي ربحه من جملة الربح الذي له وللعامل الاول فتكون من في قوله مما بقي للتبعيض وأما لو أخذه الثاني من الاول وقد نقص عن رأس المال لما كان فيما بقي ما تستوفي منه حصته من الربح ويرجع بما بقي من حصته على العامل الاول وبالله التوفيق ص * قال مالك في رجل تعدى فتسلف مما بيده من القراض مالا فابتاع به سلعة لنفسه * قال مالك ان ربح فالربح على شرطهما في القراض وان نقص فهو ضامن للنقصان * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاستسلف منه المدفوع اليه المال مالا واشترى به سلعة لنفسه ان صاحب المال بالخيار ان شاء أشركه في السلعة على قراضها وان شاء خلى بينه وبينها وأخذ منه رأس المال كله وكذلك يفعل بكل من تعدى * ش وهذا كما قال ان من أخذ مالا على وجه القراض فتعدى ما أمر به واستسلف لينفرد بربحه فان ذلك لا يخلو من أن يظهر عليه قبل أن يبيع ما اشتراه به أو بعد ذلك فان كان قبل أن يبيعه فان الذي دفعه اليه بالخيار بين أن يرده الى

* قال مالك في رجل تعدى فتسلف مما بيده من القراض مالا فابتاع به سلعة لنفسه * قال مالك ان ربح فالربح على شرطهما في القراض وان نقص فهو ضامن للنقصان * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاستسلف منه المدفوع اليه المال مالا واشترى به سلعة لنفسه ان صاحب المال بالخيار ان شاء أشركه في السلعة على قراضها وان شاء خلى بينه وبينها وأخذ منه رأس المال كله وكذلك يفعل بكل من تعدى

القراض الذى عقداه بينهما أو يسلمه اليه ويضمنه رأس المال وان علم بذلك بعد البيع فان كان ربح فهو بينهما على ماشرطاه من القراض وان كان فيه نقص ضمنه العامل للتعدى ووجه ذلك أن من أخذ مالا على وجه التنمية فليس له أن يصرفه عن ذلك الوجه الى ماينفرد بمنفعته لان ذلك تصرف فى مال الغير بغير اذنه ولا وجه نظر له فان فعل فهو متعد يكون الدافع بالخيار بين أن يصرفه الى ذلك الوجه الذى دفعه عليه و بين أن يمضى له تعديه و يضمنه المال وكذلك المبضع معه

(فصل) وقوله فى الذى اشترى السلعة لنفسه ان صاحب المال بالخيار ان شاء تركه وان شاء خلى بينه و بينها وهذا كما قال ان من دفع اليه مال على وجه القراض فتعدى ما أمر به فاستسلفه واشترى به سلعة ينفرد بها فان لصاحب المال أن يتركه فى السلعة ومعنى ذلك أن يردها الى مال القراض فيكون ربحها بينهما على حكم ماعقدا عليه القراض وانما أطلق لفظ الشركة لان الغالب من صاحب المال أنه لا يرغب فى السلعة الا اذا كان فيها ربح و بذلك يكون للعامل فيها شرك

(فصل) وقوله وان شاء خلى بينه و بينها وأخذ منه رأس ماله يريد انه يلزمه اياها و يضمنه ثمنها وهو رأس ماله فيها و يكون أخذه منه بأن يجعله مع مال القراض و يكون بأن ينزع منه مال القراض ان كانت السلعة جميع مال القراض لانه اذا أغرمه الثمن صار عينا فكان له أخذ ماله منه ولو كان معظم مال القراض عروضا لم يكن له أخذ ذلك منه حتى يتم عمله فيه

﴿ مايجوز من النفقة فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا انه اذا كان المال كثيرا يحمل النفقة فاذا شخص فيه العامل فان له أن يأكل منه و يكتسى بالمعروف من قدر المال و يستأجر من المال اذا كان كثيرا لايقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته ومن الأعمال أعمال لا يعملها الذى يأخذ المال وليس مثله يعملها من ذلك تقاضى الدين ونقل المتاع وشده وأشباه ذلك فله أن يستأجر من المال من يكفيه ذلك وليس للقارض أن يستنفق من المال ولا يكتسى منه ما كان مقيما فى أهله انما يجوز له النفقة اذا شخص فى المال وكان المال يحمل النفقة فان كان انما يتجر فى المال فى البلد الذى هو به مقيم فلا نفقة له من المال ولا كسوة ﴾ ش وهذا كما قال ان من دفع الى رجل مالا على وجه القراض فلا يخلو أن يكون كثيرا أو قليلا فان كان كثيرا وكان يعمل به فى الحضر فلا يخلو أن يكون فى موضع استيطان العامل أو فى غير موضع الاستيطان فان كان فى موضع استيطانه فلا نفقة له فيه ولا كسوة ولا مؤنة لان مقامه ليس بسبب المال وانما هو لموضع استيطانه فكانت نفقته عليه وان كان فى غير موضع استيطانه وانما يقيم به للعمل بالمال فان له فيه النفقة والكسوة والمؤنة لان المال شغله عن الرجوع الى وطنه فأوجب مقامه فى غير بلده قاله ابن القاسم (مسئلة) فان كان له أهل بذلك البلد وأهل ببلد آخر مستوطنا للجهتين فلا نفقة له ما أقام بالمال فى أحد البلدين لان مقامه بموضع استيطانه وذلك يمنع أن تكون نفقته فى مال القراض وروى ابن البرقى عن أشهب فى الذى له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافر اليه وان له النفقة فى ذهابه ورجوعه ولا نفقة له فى مقامه فى أحد الموضعين ووجه ذلك أن مسافر السفر ليست بموضع استيطان له فكانت له فيها النفقة (مسئلة) وان كانت تجارته فى السفر فلا يخلو أن يكون السفر من اسفار القرب كالحج والغزو أو من غير اسفار القرب فان كان من اسفار القرب فالذى عليه جمهور أصحابنا انه لا نفقة له فى مال

﴿ مايجوز من النفقة فى القراض ﴾
* قال يحيي قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا انه اذا كان المال كثيرا يحمل النفقة فاذا شخص فيه العامل فان له أن يأكل منه ويكتسى بالمعروف من قدر المال ويستأجر من المال اذا كان كثيرا لايقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته ومن الأعمال أعمال لايعملها الذى يأخذ المال وليس مثله يعملها من ذلك تقاضى الدين ونقل المتاع وشده وأشباه ذلك فله أن يستأجر من المال من يكفيه ذلك وليس للقارض أن يستنفق من المال ولا يكتسى منه ما كان مقيما فى أهله انما يجوز له النفقة اذا شخص فى المال وكان المال يحمل النفقة فان كان انما يتجر فى المال فى البلد الذى هو به يقيم فلا نفقة له من المال ولا كسوة

القراض ذاهبا ولا راجعا وان كان مقصوده التجارة وقال ابن المواز له النفقة فيه ذاهبا وراجعا وجه قول مالك والجماعة أن هذه مسافة تقطع على وجه البر والقربة فيجب أن يخلص لذلك وان كان القصد والغرض فيه لم يجز أن تكون نفقته في مال القراض لان السفر لسبب غيره فانه لا تجب النفقة فيه وان كان الخروج له كالسفر الى موضع الاستيطان ووجه ما قاله ابن المواز قوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم قال أهل التفسير معناه التجارة في الحج ومن جهة المعنى أن هذا سفر مقصده بمال القراض الى موضع غير استيطان فكانت نفقته في كثيره كالو أراد سفرا مع السفر للقراض (مسئلة) فان لم يكن السفر من أسفار القربة الا أنه أراد حاجة من تجارة أو غيرها في بلد فلما تجهز أعطاه رجل مالا قراضا فأراد أن يسافر معه فهل له نفقة في مال القراض أولا روى ابن القاسم عن مالك له نفقته في مال القراض وروى ابن عبد الحكم لا نفقة له فيه واختاره ابن المواز وجه رواية ابن القاسم ان هذا مال حصلت تنميته بسفر عرا عن القربة والتوجه الى الوطن فكانت نفقة العامل فيه كالو سافر الى أهله (فرع) فاذا قلنا برواية ابن عبد الحكم ان سفره لم يكن بسبب هذا المال فلم تكن نفقة العامل فيه كالو سافر الى أهله (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فكيف تكون له النفقة ينظر فان كان أراد الخروج بمال للتجارة له أو لغيره فان نفقته تفض على المالين جميعا وان أراد الخروج لحاجة نظر الى قدر نفقته في طريقه فان كانت مائة وكان مال القراض تسعمائة فان على مال القراض من نفقته تسعة أعشارها وعليه عشرها (مسئلة) وان سافر بمال القراض الى بلد هو به مستوطن فلا نفقة له في الذهاب وله النفقة في الاياب ووجه ذلك ان غرضه في الذهاب الى أهله منعه النفقة من مال القراض ولا غرض له في رجوعه الا تنمية المال فكانت نفقته فيه وليس كذلك السفر الى الغزو فان غرضه في الذهاب الغزو وغرضه في الرجوع الخروج من بلد الكفر فمنع ذلك النفقة وقد روى ابن البرقي عن أشهب فيمن كان له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافر ان له النفقة في ذهابه ورجوعه ولا نفقة له في مقامه في الموضعين والذي قاله مالك لا نفقة له في الذهاب ولا الاياب ووجه قول أشهب قد تقدم (مسئلة) ولا يخلو أن يكون السفر بعيدا أو قريبا فان كان السفر بالمال قريبا مثل دمياط في مثل من يخرج لشراء صوف أو سمن الا أن يكون ممن يريد المقام لشراء الحبوب وغيرها الشهرين والثلاثة فان ذلك سفر وان قرب المكان فانه يأكل ويكتسي فروى عيسى عن ابن القاسم انه يأكل ولا يكتسي ورواه ابن حبيب عن مالك وقد يكترى منه مركوبا ووجه ذلك أن النفقات التي تختص لقريب المدة يلزم هذا السفر لقربه كالاكل والركوب فان هذه المعاني يحتاج اليها في قريب السفر لقصر مدته لانه لا يشترى كسوة ليوم ولا ليومين (مسئلة) وان كان السفر بعيدا فللعامل في مال القراض مؤنته المعتادة من نفقته وكسوته وكراء مسكن ودخول حمام وحجامة وحلق رأس وغسل ثوب وغير ذلك من الامور المعتادة التي لا ينفك عنها الانسان رواه أشهب عن مالك في الحجامة والحمام وقال أبو حنيفة ليس له أن ينفق في حجامة وحمام والدليل على صحة ما نقوله ان هذا مما لا ينفك عنه مسافر في حضر فكان ذلك من مال القراض أصله ما يأكل ويكتسي به وأما الدواء فليس في مال القراض لانه من الامور التي لا تستعمل على معتاد العادة وانما تستعمل على وجه الضرورة والحاجة التي ليست بمعتادة (مسئلة) ونفقته في ذلك على قدر حاله وحال المال لان هذه نفقة يعتبر فيها كثرة المال وقلته فوجب أن يعتبر فيها حال من ينفق

عليه كنفقة الزوجات وأما الكسوة فان الذي يلزم مال القراض من كسوة العامل كسوة مثله في مقامه وسفره وقال القاضي أبو محمد ان الذي له من الكسوة التي لولا الخروج بالمال لم يحتج اليها والاول أصح لأن ما قاله يبطل بالنفقة للأكل والشرب لأن هذا مما لا يدخله عليه السفر بالمال ومع ذلك فانه يجب له في المال (فرع) وكم مبلغ المال الكثير روى ابن المواز عن مالك في القراض والبضاعة خمسين دينارا أو أربعين ان نفقة العامل والمبضع معه وكسوتهما في بعيد السفر وفي السفر القريب نفقته دون كسوته (مسئلة) فان كان المال يسيرا لا يحتمل مؤنة العامل فيه فقد قال مالك ليس للعامل فيه نفقة ولا كسوة في بعيد السفر ولا قريبه ووجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل النفقة ولا يقصد بسببه السفر (مسئلة) فان شرط رب المال على العامل أن لا ينفق من المال الذي يحتمل النفقة في سفر بعيد ففي كتاب محمد عن مالك لا يجوز قال ابن القاسم فان وقع فهو أجير ووجه ذلك أن صاحب المال اشترط زيادة لا يقتضيها مطلق عقد القراض فوجب أن يفسد القراض كما لو اشترط في ذلك المقدار من الربح لنفسه خالصا

(فصل) وقوله ويستأجر من المال اذا كان كثيرا لا يقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته يريد اذا كان المال كثيرا جاز له أن يستأجر منه من يعينه على حفظه والقيام به لأن هذا سنة هذا المال في القراض والله أعلم

(فصل) وقوله ومن الاعمال أعمال لا يعملها الذي يأخذ المال وليس مثله يعملها يريد ان بعض الاعمال لا يعملها المقارض من القصارة والصبغ والخياطة وانما جرت العادة أن يعملها الصناع ومنها ما لا يعملها مثل المقارض وان كانت مما يمكن أكثر الناس عملها كالشد والطي والنقل فمثل هذا يحكم فيه بالمعتاد المعروف وقد يكون من العمال من له الحال والمعروف والتصاون فيحمل على عادته

(فصل) وقوله وتقاضي الدين يريد حقه والمطالبة به وأما قبضه فهو مما يختص به العامل ويحتمل أن يريد به قبض الاجير المأمون الدراهم اليسيرة فيأتيه بها وما أشبه ذلك والله أعلم ص ﴿ قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فخرج به وبمال نفسه قال يجعل النفقة من القراض ومن ماله على قدر حصص المال ﴾ ش وهذا كما قال اذا سافر العامل بمال القراض وبمال آخر وأنشأ السفر لهما فان نفقته ومؤنته مقسطة عليهما لأن سفره كان بسببهما وقد اختلف أصحابنا في مطلق عقد القراض هل يقتضي السفر بالمال فالمشهور من مذهب مالك ان ذلك مباح للعامل بمطلق العقد وبه قال الشافعي وهي رواية عن أبي حنيفة وقال ابن حبيب ليس له ذلك الا باذن رب المال وقد روى ذلك عن أبي حنيفة ووجه القول الاول أن اسم العقد مأخوذ منه لأن المضاربة مأخوذة من الضرب في الارض قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله فاذا كان معنى المضاربة السفر فمحال أن ينافيه مطلق عقد المضاربة ومن جهة المعنى أن هذا وجه مقصود من وجوه التنمية أصل ذلك سائر أنواع التجارة ووجه القول الثاني ان هذا مأذون له في الشراء بعقد جائز فلم يكن له السفر بمطلق العقد كالوكيل على الشراء (فرع) فاذا قلنا بالقول الاول فهل يختص ذلك بقدر من المال المشهور من مذهب مالك أن ذلك سواء في قليل المال وكثيره وقال سحنون أما المال اليسير فليس له أن يسافر به سفرا بعيدا الا باذن ربه ووجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل الانفاق منه في السفر فلم يقتض سفرا ينفق العامل فيه من مال القراض والله أعلم

* قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فخرج به وبمال نفسه قال يجعل النفقة من القراض ومن ماله على قدر حصص المال

﴿ مالا يجوز من النفقة في القراض ﴾ * قال يحيى قال مالك في رجل معه مال قراض فهو يستنفق منه ويكتسي انه لا يهب منه شيأ ولا يعطي منه سائلا ولا غيره ولا يكافئ فيه أحدا فأما ان اجتمع هو وقوم فجاؤا بطعام وجاء هو بطعام فأرجو أن يكون ذلك واسعا اذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم فان تعمد ذلك أو ما يشبهه بغير اذن صاحب المال فعليه أن يتحلل ذلك من رب المال فان حلله ذلك فلا بأس به وان أبى أن يحلله فعليه أن يكافئه بمثل ذلك ان كان ذلك شيأ له مكافأة

﴿ الدين في القراض ﴾ * قال يحيى قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاشترى به سلعة ثم باع السلعة بدين فربح في المال ثم هلك الذي أخذ المال قبل أن يقبض المال قال ان أراد ورثته أن يقبضوا ذلك المال وهم على شرط أبيهم من الربح فذلك لهم اذا كانوا أمناء على ذلك المال وان كرهوا أن يقتضوه وخلوا بين صاحب المال وبينه لم يكلفوا أن يقتضوه ولا شئ عليهم ولا شئ لهم اذا أسلموه الى رب المال فان اقتضوه فلهم فيه من الشرط والنفقة مثل ما كان لأبيهم في ذلك هم فيه بمنزلة أبيهم فان لم يكونوا أمناء على ذلك لهم أن يأتوا بأمين ثقة فيقتضي ذلك المال فاذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا في ذلك بمنزلة أبيهم

﴿ مالا يجوز من النفقة في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك في رجل معه مال قراض فهو يستنفق منه ويكتسي انه لا يهب منه شيأ ولا يعطي منه سائلا ولا غيره ولا يكافئ فيه أحدا فأما ان اجتمع هو وقوم فجاؤا بطعام وجاء هو بطعام فأرجو أن يكون ذلك واسعا اذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم فان تعمد ذلك أو ما يشبهه بغير اذن صاحب المال فعليه أن يتحلل ذلك من رب المال فان حلله ذلك فلا بأس به وان أبى أن يحلله فعليه أن يكافئه بمثل ذلك ان كان ذلك شيأ له مكافأة ﴾ ش وهذا كما قال ان من كانت نفقته وكسوته في مال القراض فليس له أن يتعدى ذلك الى الهبة منه والتفضل على الناس وأما قوله ولا يعطي منه سائلا ولا غيره فيحتمل أن يريد بذلك انه لا يعطي منه من سأل الدراهم والثياب وأما أن يعطي منه الكسوة والقطعة للسائل الراضي بالدون المتكفف للناس فلا بأس بذلك

(فصل) وقوله فأما ان اجتمع هو وقوم فجاؤا بطعام وجاء هو بطعام فأرجو أن يكون ذلك واسعا اذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم يريد أن يفعل هو وأصحابه ورفقاؤه وما جرت به عادة الرفقاء أن يتخارجوه في النفقات فيخرج كل انسان منهم بقدر ما يتعاونون فيه ثم ينفقون منه في طعامهم وغير ذلك مما تشملهم الحاجة اليه فان ذلك جائز وان كان منهم من يأكل في بعض الأوقات أكثر من صاحبه ومن يصوم في يوم دون رفقائه لان ذلك مما تدعوا الحاجة اليه في السفر لان انفراد كل انسان منهم بتولي طعامه يشق عليه ويشغله عما هو بسببه من أمر سفره فاذا ترافق جماعة تولى كل انسان منهم من العمل لنفسه ولأصحابه ما يرتفق به الجماعة وعلى ذلك كان الصحابة وعمل المسلمين الى هلم جرا لا يعد ذلك تفضلا من بعضهم على بعض وكذلك ان ما يرتفق به الجماعة جاء كل واحد منهم بطعام فأكلوا جميعا في سفرهم وان كان بعض ذلك أكثر من بعض ولا يعد ذلك تفضلا من العامل اذا كان من الأمر المعروف وانما يكون تفضلا اذا أتى بأمر يستنكر من ذلك ويخرج عن العادة فهذا لا يجوز للعامل فعله لانه ليس فيه تنمية لمال التجارة فان فعل شيأ من ذلك وجب عليه أن يتحلل من صاحب المال اما بأن يجعله في حل ويمضي فعله واما بأن يحتسب بقدر التفضل على نفسه

﴿ الدين في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاشترى به سلعة ثم باع السلعة بدين فربح في المال ثم هلك الذي أخذ المال قبل أن يقبض المال قال ان أراد ورثته أن يقبضوا ذلك المال وهم على شرط أبيهم من الربح فذلك لهم اذا كانوا أمناء على ذلك المال وان كرهوا أن يقتضوه وخلوا بين صاحب المال وبينه لم يكلفوا أن يقتضوه ولا شئ عليهم ولا شئ لهم اذا أسلموه الى رب المال فان اقتضوه فلهم فيه من الشرط والنفقة مثل ما كان لأبيهم في ذلك هم فيه بمنزلة أبيهم فان لم يكونوا أمناء على ذلك فان لهم أن يأتوا بأمين ثقة فيقتضي ذلك المال فاذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا في ذلك بمنزلة أبيهم ﴾ ش وهذا كما قال ان العامل اذا توفي بعد أن يشغل مال القراض فان حق عمله فيه يكون لورثته فليس لرب المال أن ينتزعه من ورثته بعد

ذلك لان ذلك حق لهم فى المال انتقل اليهم عن موروثهم (مسئلة) وشغل المال أن يشترى بجميعه أو بالأكثر منه وليس لصاحب المال بعد ذلك أن يأخذه من ورثته ان أرادوا العمل فيه الا بعد أن يعملوا فيه بمقدار ما كان لموروثهم لانهم قد حلوا محله (مسئلة) فأما اذا اشترى به زاده وكسوته أو اكترى راحلة ليسافر ثم توفى قبل أن يسافر فان لرب المال أن يأخذ ماله ويأخذ ما ابتاع من نفقة وكسوة ولا رجوع له فى مال الميت ان دخل ذلك نقص عما ابتاعه به وليس للورثة أن يقولوا لابد أن نعمل فيه لان موروثهم لو كان حيا لم يكن له ذلك لان حقه لم يتعلق بعدمه (مسئلة) وأما ان سافر به ولم يبتع به شيأ فروى ابن المواز لرب المال ان مات وقد سافر العامل بالمال فليس للوارث انتزاعه منه وان التزم نفقته وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية ان العامل اذا أشخص بالمال ثم أخذه منه صاحب المال ان نفقته فى الرجوع على رب المال فعلى رواية محمد ان السفر عمل فى مال القراض وعلى رواية أبى زيد ليس ذلك بعمل وجه القول الأول ان التجارة عمل مقصود وتصرف معتاد للتجارة فمنع أخذ مال القراض كالشراء والبيع ووجه القول الثانى ان المال باق على حاله لم يتغير فكان لرب المال أخذه أصله اذا لم يسافر

(فصل) وقوله فاذا اشترى سلعا فباعها بربح يريد ان صاحب المال أذن له فى البيع بالدين لان صاحب المال يجوز له أن يأذن فى أن يبيع بالدين والعرض ولا يجوز أن يأذن له أن يبتاع بدين عليه ووجه ذلك انه اذا باع بدين لم تخرج تجارته عن مال القراض واذا اشترى بدين خرج عمله عن مال القراض فيعود ذلك بالجهل برأس مال القراض بزيادة يزدادها على العامل (مسئلة) وليس للعامل أن يبيع بنسيئة الا باذن رب المال خلافا لأبى حنيفة فى قوله ذلك بمطلق العقد ودليلنا على صحة ما نقوله ان هذا عقد يقتضى الأمر بالبيع والشراء فلم يقتض مطلقه الأجل كالوكالة على البيع والشراء (مسئلة) فان شرط البيع بالنسيئة فهو على ضربين أحدهما أن يشترط على العامل وذلك غير جائز لانها زيادة عمل على العامل اشترطه رب المال والثانى أن يأذن له فيه فان ذلك جائز فان باع به ثم فسخا القراض كان على العامل قبض الديون كان فى المال ربح أو خسارة وبه قال الشافعى قال أبو حنيفة ان كان فى المال ربح لزمه قبض الديون فان لم يكن فى المال ربح لم يلزمه ذلك والدليل على ما نقوله ان هذا دين من مال القراض فلزم العامل قبضه أصله اذا كان فى المال ربح

(فصل) وقوله ثم هلك الذى أخذ المال قبل أن يقبض المال يريد هلك العامل قبل أن يقبض ما باع بالدين فان لورثته أن يقبضوا ذلك المال ولهم فيه شرط أبيهم يريد من قدر الربح وغير ذلك من النفقة والكسوة ان وجب ذلك

(فصل) وقوله اذا كانوا أمناء على ذلك وصفة العامل الذى يرفع المال من الورثة أو من غيرهم أن يكون مأمونا على مثله عالما بالعمل فيه والحفظ له لان ذلك كله من الصفات المعتبرة فى العامل لانه ان كان مأمونا ولم يكن بصيرا بالعمل والتجارة خسر فى المال ولم ينتفع بأمانته (مسئلة) فان لم يكونوا أمناء ولم يأتوا بأمين وأراد واترك العمل لم يكن لهم من ربحه شئ ولا كان عليهم من خسارته قليل ولا كثير ولا كلفوا قبضه ولا صرفه عينا والفرق بينهم وبين العامل اذا شغل المال بسلع ليس له ترك المال حتى يصيره عينا ان العامل قد التزم ذلك وهؤلاء لم يلتزموا انما لهم ما ترك موروثهم من حق وليس عليهم ما ترك من عمل ودين العامل ما عليه من الحقوق كماله استيفاء ماله منها والله أعلم

* قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا على أنه يعمل فيه فاباع به من دين فهو ضامن له ان ذلك لازم له ان باع بدين فقد ضمنه

﴿ البضاعة فى القراض ﴾

* قال يحيي قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا واستسلف من صاحب المال سلفا أو استسلف منه صاحب المال سلفا أو أبضع معه صاحب المال بضاعة يبيعها له أو بدنانير يشترى له بها سلعة * قال مالك ان كان صاحب المال أبضع معه وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده ثم سأله مثل ذلك فعله لاخاء بينهما أو ليسارة مؤنة ذلك عليه ولو أبى ذلك عليه لم ينزع ماله منه أو كان العامل انما استسلف من صاحب المال أو حمل له بضاعته وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده فعل له مثل ذلك ولو أبى ذلك عليه لم يردد عليه ماله فاذا صح ذلك منهما جميعا وكان ذلك منهما على وجه المعروف ولم يكن شرطا فى أصل القراض فذلك جائز لا بأس به وان دخل ذلك شرط أو خيف أن يكون انما صنع ذلك العامل لصاحب المال ليقر ماله فى يديه أو انما صنع ذلك صاحب المال لأن يمسك العامل ماله ولا يرده عليه فان ذلك لا يجوز فى القراض وهو مما ينهى عنه أهل العلم

﴿ السلف فى القراض ﴾

* قال يحيي قال مالك فى رجل أسلف رجلا مالا ثم سأله الذى تسلف المال أن يقره عنده قراضا * قال مالك لا أحب ذلك حتى يقبض ماله منه ثم يدفعه اليه قراضا ان شاء أو يمسكه * قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فأخبره انه قد اجتمع عنده وسأله أن يكتبه عليه سلفا قال لا أحب ذلك حتى يقبض منه ماله ثم يسلفه اياه ان شاء أو يمسكه وانما ذلك مخافة أن يكون قد نقص فيه فهو يحب أن يؤخره عنه على أن يزيده فيه ما نقص منه فذلك مكروه ولا يجوز ولا يصلح

ص ﴿ قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا على أنه يعمل فيه فاباع به من دين فهو ضامن له ان ذلك لازم له ان باع بدين فقد ضمنه ﴾ ش وهذا كما قال لانه اذا شرط عليه الا يبيع بالدين فباع به انه ضامن ان كانت فيه خسارة لانه متعد وكذلك لو اشترط عليه أن لا يبيع بالدين ولم يأذن له فيه وان كان فيه ربح فهو بينهما على شرطهما لان تعديه فى بيعه بالدين لا يسقط حقه من الربح والله أعلم

﴿ البضاعة فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا واستسلف من صاحب المال سلفا أو استسلف منه صاحب المال سلفا أو أبضع معه صاحب المال بضاعة يبيعها له أو بدنانير يشترى له بها سلعة * قال مالك ان كان صاحب المال أبضع معه وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده ثم سأله مثل ذلك فعله لاخاء بينهما أو ليسارة مؤنة ذلك عليه ولو أبى ذلك عليه لم ينزع ماله منه أو كان العامل انما استسلف من صاحب المال أو حمل له بضاعة وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده فعل له مثل ذلك ولو أبى ذلك عليه لم يردد عليه ماله فاذا صح ذلك منهما جميعا وكان ذلك منهما على وجه المعروف ولم يكن شرطا فى أصل القراض فذلك جائز لا بأس به وان دخل ذلك شرط أو خيف أن يكون انما صنع ذلك العامل لصاحب المال ليقر ماله فى يديه أو انما صنع ذلك صاحب المال لان يمسك العامل ماله ولا يرده عليه فان ذلك لا يجوز فى القراض وهو مما ينهى عنه أهل العلم ﴾ ش وهذا كما قال ان من أبضع أحدهما مع صاحبه أو تسلف منه بشرط كان فى أصل القراض فان ذلك غير جائز لان ذلك زيادة ازدادها فى القراض ليست من الربح فلم يصح ذلك فان فعل ذلك من غير شرط ولكنه فعله بعد عقد القراض فلا يخلو أن يكون ذلك بعد العمل فى المال أو قبله فان كان بعد العمل وكان ذلك لاخاء بينهما ومودة فهو جائز وان كان لابقاء القراض واستدامته فهو من باب الهدنة لابقاء القراض وذلك ممنوع وان كان قبل العمل فروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية فى العامل يسافر بمال القراض فيقول لصاحبه لا أنفق من مالك انه ان كان المال عينا بعد فلا يجوز وان كان بعد الشراء أو الشخوص به فهو جائز لان المال اذا كان عينا بعد ففيه تهمة

﴿ السلف فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك فى رجل أسلف رجلا مالا ثم سأله الذى تسلف المال أن يقره عنده قراضا * قال مالك لا أحب ذلك حتى يقبض ماله منه ثم يدفعه اليه قراضا ان شاء أو يمسكه * قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فأخبره أنه قد اجتمع عنده وسأله أن يكتبه عليه سلفا قال لا أحب ذلك حتى يقبض منه ماله ثم يسلفه اياه ان شاء أو يمسكه وانما ذلك مخافة أن يكون قد نقص فيه فهو يحب أن يؤخره عنه على أن يزيده فيه ما نقص منه فذلك مكروه ولا يجوز ولا يصلح ﴾ ش

أما الفصل الأول فقد مضى الكلام فيه وأما الفصل الثانى فهو على ما قال انه اذا عمل العامل بالمال مدة ثم أخبر رب المال بمبلغه وسأله أن يقره عنده فان ذلك لا يجوز حتى يقبضه منه قبضا ناجزا ثم ان شاء أن يرده اليه قراضا فعل لما قدمه من تجويز أن يكون قد دخله نقص فيؤخره عنه ليضمن له النقص فيه فيدخله السلف للزيادة ويدخله أيضا فسخ دين فى دين لان للقراض بعض التعلق بذمته لانه لو ادعى الخسارة فيه ولم يبين وجهها فقد قال بعض أصحابنا انه يضمن ولو ادعى تبرئة لم يضمن واذا أسلفه اياه فقد تعلق بذمته على غير الوجه الذى كان متعلقا به فهو من باب فسخ الدين فى الدين (مسئلة) وأما ان أحضر العامل المال فسأل صاحبه أن يخليه عنده قراضا ففى كتاب ابن المواز عن مالك لا يجوز ذلك حتى يقبضه منه ثم يسلفه ان شاء ويجىء على قول ابن حبيب ان حضور المال بمنزلة قبضه أن ذلك جائز

﴿ المحاسبة فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح فأراد أن يأخذ حصته من الربح وصاحب المال غائب قال لا ينبغى له أن يأخذ منه شيأ الا بحضرة صاحب المال وان أخذ شيأ فهو له ضامن حتى يحسب مع المال اذا اقتسماه * قال مالك لا يجوز للمتقارضين أن يتحاسبا ويتفاصلا والمال غائب عنهما حتى يحضر المال فيستوفى صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما ﴾ ش وهذا كما قال انه ليس للعامل أن يأخذ حصته من الربح الا بحضرة رب المال وحضرة المال لان أخذه حصته منه مقاسمة فيه ولا يجوز أن يتقاسما ربح القراض الا بعد أن يحصل رأس المال (مسئلة) ولو حضر المال وصاحبه فأمره أن يأخذ منه حصته من الربح ويبقى الباقى عنده على وجه القراض أو تقاسما الربح ويبقى رأس المال عنده على وجه القراض ولم يقبضه منه فقد قال ابن القاسم لا يصلح ذلك حتى يقبضه منه ووجه ذلك ان بقاء المال بيد العامل لا يكون الا على الوجه الذى قبضه عليه ولا يخرج عن ذلك الا بقبضه منه لان وجه الصحة فى القراض أن يجبر رأس المال بربحه ولو أمضينا ما اتفقا عليه ما قسماه من الربح على أن يجبر به رأس مال القراض ان دخله نقص وذلك غير جائز كما لو شرطاه (فرع) ولو عملا ذلك فقبض منهما شيأ من الربح ثم نقص رأس المال فانه يرد ما قبض ليجبر به رأس المال ووجه ذلك رد الربح على ما بنيا عليه عقد القراض الصحيح حين عقداه (مسئلة) ولو أخذ رب المال رأس ماله وبقى الباقى بيد العامل على القراض فروى أبو زيد عن ابن القاسم ان ذلك غير جائز وهى الآن شركة لا تصلح الا أن يعملا فيها جميعا ووجه ذلك انه اذا أخذ رأس ماله فقد بقى الباقى ملكا لهما لانه ليس عمله عن رأس مال فهما شريكان ومقتضى الشركة عمل الشريكين (مسئلة) وصفة القسمة أن يحضر المال فيأخذ صاحب المال من العين مثل ما دفع أو يأخذ به سلعا ان اتفقا على ذلك ثم يقتسمان الباقى عينا أو سلعا ان اتفقا على ذلك حكاه ابن حبيب عن مالك زاد ابن مزين لا ربح لواحد منهما حتى يحضر المال حضور صحة ويأخذه صاحبه أخذ مفاصلة وقطع لما بينهما ثم ان بدا له أن يرده اليه قراضا فهو الذى يفصل بين القراض الثانى والاول فاما أن يحضر ويقبضه صاحبه قبضا على غير صحة ومفاصلة بانقطاع ثم يرده اليه فى المجلس وفى الفور قراضا فهذا بمنزلة ما لم يحضر ولم يقبض وهو قراض واحد يجبر الآخر بالاول ان جاءت فيه وضيعة ووجه ذلك انهما ان تشاحا أو شح أحدهما لم يأخذ صاحب المال الا مثل ما أعطى وعلى تلك الصفة يلزم العامل ان

﴿ المحاسبة فى القراض ﴾ * قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح فأراد أن يأخذ حصته من الربح وصاحب المال غائب قال لا ينبغى له أن يأخذ منه شيأ الا بحضرة صاحب المال وان أخذ شيأ فهو له ضامن حتى يحسب مع المال اذا اقتسماه * قال مالك لا يجوز للتقارضين أن يتحاسبا ويتفاصلا والمال غائب عنهما حتى يحضر المال فيستوفى صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما

قال مالك في رجل أخذ مالا قراضا فاشترى به سلعة وقد كان عليه دين فطلبه غرماؤه فأدركوه ببلد غائبا عن صاحب المال وفي يديه عرض مربح بين فضله فارادوا أن يباع لهم العرض فيأخذوا حصته من الربح قال لا يؤخذ من ربح القراض شيء حتى يحضر صاحب المال فيأخذ ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتجر فيه فربح ثم عزل رأس المال وقسم الربح فاخذ حصته وطرح حصة صاحب المال في المال بحضرة شهداء أشهدهم على ذلك قال لا تجوز قسمة الربح الا بحضرة صاحب المال وان كان أخذ شيأ رده حتى يستوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان ما بقي بينهما على شرطهما * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فجاءه فقال له هذه حصتك من الربح وقد أخذت لنفسي مثله ورأس مالك وافر عندي * قال مالك لا أحب ذلك حتى يحضر المال كله فيحاسبه حتى يحصل رأس المال ويعلم انه وافر ويصل اليه ثم يقتسمان الربح بينهما ثم يرد اليه المال ان شاء أو يحبسه وانما يجب حضور المال مخافة أن يكون العامل قد نقص فيه فهو يحب أن لا ينزع منه وأن يقره في يده

يرد جميع المال فيتفاسخان جميع الربح بعد اقتضاء رأس المال فان اتفقا على أن يأخذ برأس ماله سلعة يجوز سلم رأس المال فيها جاز وكذلك ان اتفقا على قسمة الربح عروضا على وجه سائغ فانه يجوز لهما ذلك (مسئلة) فان كان المال ديونا باذن رب المال أو عروضا فسلم ذلك المال الى رب المال برضاه بذلك فهو جائز قاله ابن القاسم عن مالك في العتبية وكتاب محمد وأنكر ذلك سحنون في العتبية (مسئلة) ولو صير العامل المال عروضا ثم اتفقا على المقاسمة فقال العامل انا آخذ العروض ولك علي رأس مالك أو لك رأس مالك وحصتك من الربح كذا ص *(قال مالك في رجل أخذ مالا قراضا فاشترى به سلعة وقد كان عليه دين فطلبه غرماؤه فادركوه ببلد غائبا عن صاحب المال وفي يديه عرض مربح بين فضله فارادوا أن يباع لهم العرض فيأخذون حصته من الربح قال لا يؤخذ من ربح القراض شيء حتى يحضر صاحب المال فيأخذ ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما) * ش وهذا كما قال انه ليس لغرماء العامل بيع المال أو أخذ حصته من الربح المتيقن فيه حتى يحضر صاحب المال لان العامل لا يستقر له ملك على حصته من الربح حتى يقبض صاحب المال رأس ماله ويقاسمه الربح (مسئلة) فان قام غرماء رب المال على العامل وهو غائب والمال عين قضى الغرماء دينهم من رأس المال وحصته من الربح ودفع الى العامل حصته من الربح قاله ابن المواز عن مالك قال فان كان المال سلعا لم يحكم لهم بالبيع حتى يرى للبيع وجه ولا يباع لهم منه دين حتى يقبض ولو شاء رب المال تعجيل ذلك لم يكن له ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك انه فرق بين غرماء العامل وغرماء صاحب المال على نحو ما تقدم قال عيسى وانما غيبة صاحب المال بمنزلة ما لو ان رجلا أبضع مع رجل بضاعة فلما قدم بلد الابتياع قام عليه غرماء صاحب المال فاثبتوا دينهم ان القاضي يقضي لهم بتقاضي البضاعة في ديونهم ويكتب للمبضع معه براءة وهذا الذي قاله ورواه ابن القاسم عن مالك مبني على ان العامل لا يملك حصته من الربح الا بعد القسمة فلذلك لا يباع المال لغرمائه ويباع لغرماء رب المال لان المال كله على ملكه والله أعلم ص *(قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتجر فيه فربح ثم عزل رأس المال وقسم الربح وأخذ حصته وطرح حصة صاحب المال في المال بحضرة شهداء أشهدهم على ذلك قال لا تجوز قسمة الربح الا بحضرة صاحب المال وان كان أخذ شيأ رده حتى يستوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان ما بقي بينهما على شرطهما) * ش وهذا كما قال ولا ينفعه الاشهاد على ذلك لانه أشهد على فعل ما لا يجوز له فعله فيجب عليه رد ما أخذ فان تجر فيه فربح فحصة رب المال في ذلك الربح وهو قطعة من مال القراض ويجبر به نقصه ويكون لصاحب المال حصته من ربحه فان وقع ذلك فهو بمنزلة العامل يتسلف شيأ من مال القراض فتجر فيه لنفسه ان صاحب المال بالخيار بين أن يجيز ذلك أو يرده الى حكم القراض والله أعلم ص *(قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فجاءه فقال له هذه حصتك من الربح وقد أخذت لنفسي مثله ورأس مالك وافر عندي قال مالك لا أحب ذلك حتى يحضر المال كله فيحاسبه حتى يحصل رأس المال ويعلم انه وافر ويصل اليه ثم يقتسمان الربح بينهما ثم يرد اليه المال ان شاء أو يحبسه وانما يجب حضور المال مخافة أن يكون العامل قد نقص فيه فهو يحب أن لا ينزع منه وأن يقره في يده) * ش وهذا على ما قال انه لا يجوز أن يقاسم الربح الا بعد رد رأس المال وقبض صاحبه له لانا قد بينا ان العامل لا يملك حصته من الربح الا بعد القسمة والربح تبع في القسمة لرأس المال لا تصح قسمته الا بعد ذلك لان

﴿جامع ماجاء فى القراض﴾ * قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فابتاع به سلعة فقال له صاحب المال بعها وقال الذى أخذ المال لاأرى وجه بيع فاختلفا فى ذلك قال لاينظر فى قول واحد منهما ويسئل عن ذلك أهل المعرفة والبصير بتلك السلعة فان رأوا وجه بيع بيعت عليهما وان رأوا وجه انتظار انتظر بها * قال مالك فى رجل أخذ من رجل مالا قراضا فعمل فيه ثم سأله صاحب المال عن ماله فقال هو عندى وافر فلما أخذه به قال قد هلك عندى منه كذا وكذا المال يسميه وانما قلت لك ذلك لكى تتركه عندى قال لا ينتفع بانكاره بعد اقراره انه عنده ويأخذ باقراره على نفسه الا أن يأتى فى هلاك ذلك المال بأمر يعرف به قوله فان لم يأت بأمر معروف أخذ باقراره ولم ينفعه انكاره * قال مالك وكذلك أيضا لو قال ربحت فى المال كذا وكذا فسأله رب المال أن يدفع اليه ماله وربحه فقال ماربحت فيه شيأ وما قلت ذلك الا لان تقره فى يدى فذلك لا ينفعه ويؤخذ بما أقر به الآن يأتى بأمر يعرف به قوله وصدقه فلا يلزمه ذلك * قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فربح فيه ربحا فقال العامل قارضتك على أن لى الثلثين وقال صاحب المال قارضتك على أن لك الثلث * قال مالك القول قول العامل وعليه فى ذلك اليمين اذا كان ماقال يشبه قراض مثله وكان ذلك نحوا مما يتقارض عليه الناس وان جاء بأمر يستنكر وليس على مثله يتقارض الناس لم يصدق ورد الى قراض مثله

مقتضى القراض أن يجبر رأس المال بالربح ولو عقدا القراض على خلاف ذلك لم يصح وهذا الحكم ثابت فيه حتى يرد الى صاحبه ويصير بيده كسائر أحكامه من كونه أمانة بيده وغير ذلك

﴿ جامع ماجاء فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فابتاع به سلعة فقال له صاحب المال بعها وقال الذى أخذ المال لاأرى وجه بيع فاختلفا فى ذلك قال لاينظر فى قول واحد منهما ويسئل عن ذلك أهل المعرفة والبصر بتلك السلعة فان رأوا وجه بيع بيعت عليهما وان رأوا وجه انتظار انتظر بها ﴾ ش وهذا كما قال انه ليس لرب المال أن يبيع على العامل سلعة متى شاء لان ذلك ابطال لعمله واتلاف لما يبقى له من حصته من الربح والقراض قد لزمهما على وجه ماد خلا فيه بالشراء والعمل فليس لواحد منهما الانفكاك الا على وجه المعهود من التجارة وطلب التنمية وكذلك لو كان مال القراض دينا داين به العامل باذن رب المال ثم أراد أحدهما بيع ذلك وتعجيل ماله وأباه الآخر كان القول قول الآبى منهما لانه دعا الى المعهود من القراض والتجارة ص ﴿ قال مالك فى رجل أخذ من رجل مالا قراضا فعمل فيه ثم سأله صاحب المال عن ماله فقال هو عندى وافر فلما أخذه به قال قد هلك عندى منه كذا وكذا المال يسميه وانما قلت لك ذلك لكى تتركه عندى قال لاينتفع بانكاره بعد اقراره انه عنده ويؤخذ باقراره على نفسه الا أن يأتى فى هلاك ذلك المال بأمر يعرف به قوله فان لم يأت بأمر معروف أخذ باقراره ولم ينفعه انكاره * قال مالك وكذلك أيضا لو قال ربحت فى المال كذا وكذا فسأله رب المال أن يدفع اليه ماله وربحه فقال ماربحت فيه شيأ وما قلت ذلك الا لأن تقره فى يدى فذلك لاينفعه ويؤخذ بما أقر به الا أن يأتى بأمر يعرف به قوله وصدقه فلا يلزمه ذلك ﴾ ش وهذا كما قال انه يؤخذ باقراره ان المال باق عنده وانه قد ربح فيه فان ادعى بعد ذلك الخسارة أو ضياع المال أو أنه لم يربح شيأ لم يقبل مجرد انكاره وأخذ بأول اقراره فان أتى بأمر يعرف به وجه ما ادعاه وقامت له بذلك بينة بريد ما ادعاه من الخسارة أو ضياع المال (مسئلة) ولو أنكر القراض جملة فلما قامت عليه بينة ادعى رده الى صاحبه فقال عيسى عن ابن القاسم فى العتبية ان لم يأت ببينة على الرد والا غرم وليس من ادّعى الضياع مثل من ادّعى القضاء وفى سماع ابن القاسم ليس له الا يمينه ويبرأ (مسئلة) ومن ادّعى الضياع بعد انكار القبض فقد روى عيسى لاشئ عليه وقال عيسى يصدق ويغرم وبلغنى ذلك عن مالك ص ﴿ قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فربح فيه ربحا فقال العامل قارضتك على ان لى الثلثين وقال صاحب المال قارضتك على أن لك الثلث * قال مالك القول قول العامل وعليه فى ذلك اليمين اذا كان ماقال يشبه قراض مثله وكان ذلك نحوا مما يتقارض عليه الناس وان جاء بأمر يستنكر وليس على مثله يتقارض الناس لم يصدق ورد الى قراض مثله ﴾ ش وهذا كما قال انه ان ادّعى كل واحد منهما أنه شرط لنفسه الثلثين فان ذلك على أربعة أوجه أحدها أن يكون مايدعيه العامل قراض مثله دون صاحب المال والثانى أن يدعى كل واحد منهما مايشبه والثالث أن يدعى العامل مالا يشبه قراض مثله

ويكون دعوى صاحب المال يشبه والرابع أن يدعى كل واحد منهما مالا يشبه فان ادعى العامل مايشبه وادعى صاحب المال مالا يشبه أو ادعيا جميعا مايشبه فان القول قول العامل مع يمينه لان المال فى يده فكان أولى بما يدّعيه من ربحه (مسئلة) فان ادعى صاحب المال مايشبه دون العامل فالقول قول صاحب المال لان الظاهر شهد له وان ادعى كل واحد منهما مالا يشبه رد الى قراض المثل بعد أيمانهما وهذا معنى قول مالك فان جاء بأمر يستنكر لم يصدق ورد الى قراض المثل (مسئلة) فان قالا ان الربح على الثلث والثلثين ولم يسميا لمن الثلثان حين العقد ثم ادعى كل واحد منهما عند القسمة أن يكون له الثلثان فلا يخلو أن يكون قراض مثلهما يشبه مايدعيه العامل أو مايدعيان جميعا فالقول قول العامل مع يمينه ان ادعى انه نوى ذلك على ماذكره بعض المتأخرين من المغاربة وقال ابن المواز جعل الثلث للعامل منهما وجه القول الأول ماقدمناه ان العامل له اليد على ماتقدم ووجه القول الثانى ان المال وربحه على ملك رب المال وانما يملك العامل حصته من الربح بالقسمة مع ماتقدم من رضى رب المال بذلك واذا لم يوجد رضاه الا بالثلث فالباقى ثابت على ملكه (مسئلة) فان كان مايدعيه رب المال يشبه قراض المثل دون مايدعيه العامل فعلى القول الأول يكون القول قوله مع يمينه ان ادعى البينة وعلى القول الثانى يكون له الثلثان دون يمين وان ادعى كل واحد منهما مالا يشبه فعلى القول الأول يحلفان ويردان الى قراض المثل وعلى القول الثانى يردان اليه دون يمين * قال القاضى أبو الوليد والنية عندى غير مؤثرة فى هذه المسئلة لان العامل اذا نوى أن يكون له الثلثان ولم يشترط ذلك ولم يبينه لم يكن له ذلك بنيته وكذلك رب المال وكان الأظهر عندى فى هذه المسئلة أن يردا فى الوجوه كلها الى قراض المثل بمنزلة أن يعقدا القراض ولا يذكرا حصة أحدهما من الربح لانهما اذا لم يشترطا الثلثين لمعين فقد عاد ذلك بجهالة من يستحقه وأدى ذلك الى أن يكون حصة كل واحد منهما من الربح مجهولة ولا معنى لاستحلاف أحدهما لان الثانى لا ينكر مايدعيه ولا يستحق بما يدعيه من النية شيأ فلا معنى لاستحلافه على تحقيقها ولو صدقه صاحبه فيما يدعيه من ذلك لم ينفعه ص ﴿ قال مالك فى رجل أعطى رجلا مائة دينار قراضا فاشترى بها سلعة ثم ذهب ليدفع الى رب السلعة المائة دينار فوجدها قد سرقت فقال رب المال بع السلعة فان كان فيها فضل كان لى وان كان فيها نقصان كان عليك لانك أنت ضيعت وقال المقارض بل عليك وفاء حق هذا انما اشتريتها بمالك الذى أعطيتنى * قال مالك يلزم العامل المشترى أداء ثمنها الى البائع ويقال لصاحب المال القراض ان شئت فأدّ المائة الدينار الى المقارض والسلعة بينكما وتكون قراضا على ما كانت عليه المائة الاولى وان شئت فابرأ من السلعة فان دفع المائة دينار الى العامل كانت قراضا على سنة القراض الاول وان أبى كانت السلعة للعامل وكان عليه ثمنها ﴾ ش ومعنى ذلك أن العامل اذا أخذ المال قراضا فاشترى به سلعة فلا يخلو أن يشتريها بدين أو بنقد فان اشتراها بدين للقرض فان ذلك ممنوع أذن له فى ذلك رب المال أو لم يأذن فان فعل ذلك العامل ثم نقد فيها مال القراض ففى كتاب محمد عن ابن القاسم تقوم السلعة التى اشترى بدين بنقد فيكون العامل بذلك شريكا فى المال قال محمد لعله يريد فى سلعة واحدة اشتراها بدين ونقد فيها مال القراض واذا كان ماقاله محمد فتبقى المسئلة التى يسئل عنها غير مجاوب عنها وذلك أن من اشترى سلعة بدين بمائة قيمتها مائتان فنقد فيها حين الاجل مائة من مال القراض فأما على الرواية التى رواها ابن القاسم وعبد الرحمن عن مالك ان العامل يضمن مافضل من المائة دينار عن قيمة السلعة والسلعة على القراض وعلى رواية ابن

*قال مالك فى رجل أعطى رجلا مائة دينار قراضا فاشترى بها سلعة ثم ذهب ليدفع الى رب السلعة المائة دينار فوجدها قد سرقت فقال رب المال بع السلعة فان كان فيها فضل كان لى وان كان فيها نقصان كان عليك لانك أنت ضيعت وقال المقارض بل عليك وفاء حق هذا انما اشتريتها بمالك الذى أعطيتنى *قال مالك يلزم العامل المشترى أداء ثمنها الى البائع ويقال لصاحب المال القراض ان شئت فأدّ المائة الدينار الى المقارض والسلعة بينكما وتكون قراضا على ما كانت عليه المائة الأولى وان شئت فابرأ من السلعة فان دفع المائة دينار الى العامل كانت قراضا على سنة القراض الأول وان أبى كانت السلعة للعامل وكان عليه ثمنها

القاسم وأشهب عن مالك يقوم الدين فينظر الى قيمة المائة دينار المؤجلة فما فضل عن المائة دينار النقد عن قيمة المائة المؤجلة فعلى العامل (فرع) ولو باعها العامل قبل أن ينقد فيها فربح فالظاهر من قول ابن القاسم ان الربح والوضيعة على العامل قال وكيف يأخذ ربح ما يضمنه العامل فى ذمته ومعنى ذلك ان هذه السلعة لم يتعلق ثمنها بذمة رب المال ولا بماله فلم يكن له ربحها ولما اختصت بذمة العامل وضمانه كان له ربحها (مسئلة) وأما ان كان اشترى بنقد فلم ينقد حتى تلف المال الذى بيده فهذا الذى قال انه اذا قال له رب المال بع السلعة فان كان فيها فضل فهو لى وان كان نقصان كان عليك لانك ضيعت المال فلا حجة لرب المال فى قوله بع وان كان فيها ربح فلى لان للعامل أن يقول اذا تعلق ثمن السلعة بذمتى دون مالك فلا حظ لك من الربح ولا حجة للعامل فى قوله انما اشتريتها بمالك الذى أعطيتنى فان لرب المال أن يقول صدقت فلا تطلب منى غيره فانى لم آذن لك تتجر فى شئ من مالى غير ما دفعته اليك فلا يجوز تصرفك فى غيره واذا طلبتنى بغرم ما نقص فقد حولت تصرفك من مالى فى غير مال القراض

(فصل) وقول مالك ويلزم العامل المشترى اداء ثمنها على البائع يحتمل معنيين أحدهما ان العهدة للبائع عليه فليس له أن يطالب بسواه وليس للعامل مخرج عن ماله عليه الا بالاداء والثانى انه لا خيار له وانما الخيار لرب المال وقد فسره بعد ذلك بقوله ويقال لصاحب المال القراض ان شئت فأد المائة يريد ثمن السلعة التى اشترى العامل بدين فتكون السلعة على ما شرطت من القراض وان شئت فابرأ من السلعة يريد ان لا حظ لك فى ربحها ولا شئ عليك من نقص ثمنها (مسئلة) ولو باع العامل السلعة قبل أن ينقد ثمنها وقبل أن يتلف فربح فيها فقد قال ابن القاسم الربح بينهما على ما شرطاه من القراض لانه للقراض اشترى ووجه ذلك ما أشار اليه من أنه انما يشترى للقراض وعلى أن ينقد منه والمال الذى عول على النقد منه باق حين البيع وظهور الربح فكان البيع للقراض والربح على شرطه ص * قال مالك فى المتقارضين اذا تفاصلا فبقى بيد العامل من المتاع الذى يعمل فيه خلق القربة أو خلق الثوب أو ما أشبه ذلك * قال مالك كل شئ من ذلك كان تافها يسيرا لا خطب له فهو للعامل ولم أسمع أحدا أفتى برد ذلك وانما يرد من ذلك الشئ الذى له ثمن وان كان شيأ له اسم مثل الدابة أو الجمل أو الشاذ كونة أو أشباه ذلك مما له ثمن فانى أرى أن يرد ما بقى عنده من هذا الا أن يتحلل صاحبه من ذلك * ش وهذا كما قال ان العامل اذا رد المال وكان قد سافر سفرا اكتسى فيه وتجهز من مال القراض فان ما بقى من جهازه وكسوته مما لا قيمة له للعامل وقال ابن القاسم فى العتبية كخلق الجبة والقربة قال محمد وكذلك الغرارة والاداوة قال سحنون وما كان من الثياب تافها خلقا تركت له وان كان للثياب بال بيعت ورد ثمنها فى المال ومعنى ذلك ان مثل هذه المعانى تترك لمن كان له الانتفاع بها كالرجل يطلق المرأة وعليها بقية كسوة أو تكون طالقا حاملا فتضع وعليها بقية كسوة فاذا كان الشئ الذى له بال رد الى مستحقه واذا كان يسيرا لا قدر له كان تبعا لمن تعلق به من حقه ألا ترى أن العامل لو عمل فى المال عملا يسيرا لا يلزمه من نقل متاع أو عمل خفيف لم يكن له فيه عوض ولو عمل فيه الصنائع والرقوم لكان له أجر عمله

(فصل) وقوله ما كان له ثمن فانى أرى أن يرد ما بقى عنده من هذا الا أن يتحلل صاحبه من ذلك يريد أن يعلمه بما بقى عنده ويعلمه بصفته وقدره فان جعله رب المال فى حل منه ساغ له ذلك والا رد اليه منه حقه والله أعلم

* قال مالك فى المتقارضين اذا تفاصلا فبقى بيد العامل من المتاع الذى يعمل فيه خلق القربة أو خلق الثوب أو ما أشبه ذلك * قال مالك كل شئ من ذلك كان تافها يسيرا لا خطب له فهو للعامل ولم أسمع أحدا أفتى برد ذلك وانما يرد من ذلك الشئ الذى له ثمن وان كان شيأ له اسم مثل الدابة أو الجمل أو الشاذ كونة أو اشباه ذلك مما له ثمن فانى أرى أن يرد ما بقى عنده من هذا الا أن يتحلل صاحبه من ذلك

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الأقضية ﴾

﴿ الترغيب في القضاء بالحق ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما أنا بشر وانكم تختصمون الي فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيأ فانما أقطع له قطعة من النار ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم انما أنا بشر على معنى الاقرار على نفسه بصفة البشر من انه لا يعلم الغيب ولا يعلم المحق من الخصمين من المبطل والاخبار بان حاله في ذلك حال غيره لأنه لا يعلم من الغيب الا ما اطلع عليه بالوحي ولما كانت الدنيا دار تكليف وكانت الاحكام تجري على ذلك أجرى في غالب أحكامه في هذا الوجه على أحوال سائر الحكام ولذلك لم يقل في مسئلة المتلاعنين انه أعلم بالكاذب منهما وقال يعلم الله ان أحدكما كاذب فهل منكما من تائب

(فصل) وقوله انكم تختصمون الي يريد والله أعلم تتنازعون في الاموال وغيرها تنازعا يدعي كل واحد من الخصمين أنه أحق بها من صاحبه فيخاصمه في ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم دون غيره وهو صلى الله عليه وسلم الحاكم في زمنه لأنه امام الامة والمنفرد بالرئاسة الدينية والدنيوية فلا يصح أن يحكم بين الناس الا هو أو من قدمه لذلك والاصل في ذلك قوله تعالى فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما وقوله وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم وقوله انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله * وفي هذا بابان * أحدهما في صفة القاضي * والثاني في مجلسه وأدبه

(الباب الاول في صفة القاضي)

فأما صفاته في نفسه فاحداها أن يكون ذكرا بالغا والثانية أن يكون واحدا مفردا والثالثة أن يكون بصيرا والرابعة أن يكون مسلما والخامسة أن يكون حرا والسادسة أن يكون عالما والسابعة أن يكون عدلا فأما اعتبار الذكورة فحكى القاضي أبو محمد وغيره انه مذهب مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يجوز أن تلي المرأة القضاء في الأموال دون القصاص وقال محمد بن الحسن ومحمد بن جرير الطبري يجوز أن تكون المرأة قاضية على كل حال ودليلنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يفلح قوم أسندوا أمرهم الى امرأة ودليلنا من جهة المعنى انه أمر يتضمن فصل القضاء فوجب أن تنافيه الانوثة كالامامة * قال القاضي أبو الوليد ويكفي في ذلك عندي عمل المسلمين من عهد النبي صلى الله عليه وسلم لا نعلم انه قدم لذلك في عصر من الاعصار ولا بلد من البلاد امرأة كما لم يقدم للامامة امرأة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما كونه واحدا مفردا فمعناه أن لا يولى القضاء قاضيان فأكثر على وجه الاشتراك فلا يكون لأحدهما الانفراد بالنظر في قضية ولا قبول بينة ولا انفراد بانفاذ حكم قال الشيخ أبو اسحق في زاهيه والحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم فلا يجتمع اثنان فيكونان جميعا حاكما في قضية واحدة واما أن يستقضى في البلد الحكام والقضاة ينفرد كل واحد منهم بالنظر في ما يرفع اليه من ذلك فجائز والدليل على ذلك أن هذا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الاقضية)

﴿ الترغيب في القضاء بالحق ﴾

* حدثنا يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما أنا بشر وانكم تختصمون الي فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيأ فانما أقطع له قطعة من النار

اجماع الامة لأنه لم يختلف فى ذلك أحد من زمن النبى صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ولا أعلم أنه أشرك بين قاضيين فى زمن من الازمان ولا بلد من البلدان وقد قام فى البلد الواحد عدد من الحكام فكان كل واحد منهم ينفرد بحكمه الذى يرفع اليه لا يشركه فيه غيره ودليل آخر وهو ان المذاهب مختلفة والاغراض متباينة ولا يصح أن يتفق رجلان فى كل شئ حتى لا يرى أحدهما خلاف ما يراه الآخر واذا أشرك بين الحاكمين دعا ذلك الى اختلافهما فى المسائل ويوقف نفوذهما كالامامة ولا يلزم على هذا الحكمان بين الزوجين والحكمان فى جزاء الصيد لأنهما يحكمان فى قضية واحدة وليس بولاية وان اتفقا نفذ حكمهما وان اختلفا لم ينفذ حكمهما وحكم غيرهما فلم يكن فى ذلك مضرة وهذا ينافى الولاية لأن من ولى القضاء لا يمكن الاستبدال به عند المخالفة فيؤدى ذلك الى توقف الاحكام وامتناع نفوذها (مسئلة) واما أن يكون بصيرا فلا خلاف نعلمه بين المسلمين فى المنع من كون الاعمى حاكما وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى وقد بلغنى ذلك عن مالك والدليل على صحة هذا القول ان فى تقديمه للقضاء تضييقا على المسلمين فى طرق القضاء وانفاذ الاحكام والحاكم مضطر الى أن ينظر لكل من يطلب عنده مطلبا من مطالب الحق والاعمى وان كان يميز الاصوات فلا يميز الا صوت من تكرر عليه صوته وليس كل من يشهد عنده يشهادة ممن يتكرر عليه فقد يشهد عنده بها من لم يسمع كلامه قبل هذا او يزكى عنده فى غير ذلك المجلس فلا يعلم هل هذا المزكى عنده هو الذى زكى بالامس أو غيره وقد يجرح عنده بعد التزكية فلا يدرى هل هو ذلك الاول أو غيره وقد يبقى على عدالته فيتكرر عليه مرة ثانية من الغد فى شهادة أخرى وقد غاب معدلوه فلا يدرى هل هو ذلك الاول وقد اختلف العلماء فى تولية القضاء الامى وهو يبصر ويميز فكيف بالاعمى وأكثر العلماء لا يجيز شهادته (مسئلة) وأما اعتبار اسلامه فلا خلاف بين المسلمين فى ذلك وأما اعتبار حريته فقد قال القاضى أبو محمد لا خلاف فيه بين المسلمين ووجه ذلك أن منافع العبد مستحقة لسيده فلا يجوز أن يصرفها للنظر بين المسلمين ولأنه ناقص الحرمة نقصا يؤثر فى الامامة كالمرأة (مسئلة) وأما اعتبار كونه عالما فلا خلاف فى ذلك مع وجود العالم العدل والذى يحتاج اليه من العلم أن يكون من أهل الاجتهاد وقد بينا صفة المجتهد فى أصول الفقه وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المجموعة لا يستقضى من ليس بفقيه وقال أشهب فى المجموعة ومطرف وابن الماجشون وأصبغ فى الواضحة لا يصلح أن يكون صاحب حديث لا فقه له أو فقه لا حديث عنده ولا يفتى الا من كانت هذه صفته الا أن يخبر بشئ سمعه ومعنى ذلك أن يكون قد جمع صفات المجتهدين والأصل فى ذلك قول الله تعالى لتبين للناس ما نزل اليهم ولعلهم يتفكرون فأعلم تعالى أن النبى صلى الله عليه وسلم اذا بين للناس ما أنزل اليهم يتفكروا ويعتبروا فاذا لم يكن عندهم تبيين النبى صلى الله عليه وسلم لما أنزل الله من الكتاب لم يتمكن لهم التفكر فى أحكامه وقد قال تعالى انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ومن ليس من أهل الاجتهاد فانه لا يرى شيأ وبذلك قال الفقهاء المتقدمون انه لا يفتى من لا يعرف ذلك الا أن يخبر بما سمع فلم يجعل ذلك من باب الفتوى وانما هو اخبار عن فتوى صاحب المقالة عند الضرورة لعدم المجتهد الذى تجوز له الفتوى (فرع) فاذا لم يوجد الا عالم ليس بمرضى أو رجل مرضى الحال غير عالم فقد روى أصبغ يستقضى العدل لانه يستشير أهل العلم ويجتهد قال ابن حبيب ان لم يكن للرجل علم وورع فعقل وورع لانه بالعقل يسئل وبالورع يعف فاذا طلب العلم وجده واذا طلب العقل لم يجده (مسئلة) وأما اعتبار العدالة فالظاهر من أقوال المسلمين

ان العدالة شرط فى صحة القضاء وقال القاضى أبو الحسن لاتنعقد ا لولاية للحاكم الفاسق وان طرأ الفسق بعد انعقادها انفسخت ولايته وفى النوادر من كتاب أصبغ انه يجوز حكم المسخوط مالم يجر وان لم تجز شهادته وهذا مبنى على ان مايطرأ من الفسق لايفسخ ولايته حتى يفسخها الامام (مسئلة) وهل يعتبر فى ذلك أن يكون سميعا لم أرفيه نصا لأصحابنا * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى انه ممنوع لما يحتاج اليه من سماعه من دعوى الخصوم وسماعه أداء الشهادة وليس كل شاهد يمكنه أن يكتب شهادته فيعرضها عليه فنهم من لا يكتب مع مافى ذلك من تضييق الحال على الناس وتعذر سبيل الحكم وذلك يجب أن يمنع منه (مسئلة) وهل يجوز أن يكون الأمى الذى لا يكتب حاكما وان كان عالما عدلا لم أرفيه نصا لأصحابنا ولأصحاب الشافعى فيه وجهان أحدهما الجواز والآخر المنع * قال القاضى أبو الوليد والأظهر عندى الجواز لان امام المرسلين وأفضل الحكام كان لا يكتب ومن جهة المعنى انه لايحتاج الى قراءة العقود وينوب عنه فى ذلك أهل العدل وهذه حال من لا يكتب من الحكام يقرأ عليه العقد فى الأغلب ويقيد عنه المقالات ولايباشر شيأ من ذلك وان للمنع من ذلك وجها لما فيه من تضييق طرق الحكومة والنبى صلى الله عليه وسلم معصوم وليس غيره كذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهل يستقضى ولد الزنا قال سحنون لابأس أن يستقضى ولا يحكم فى حد زنا قال كما لا يحكم القاضى * قال القاضى أبو الوليد والأظهر عندى أن ذلك ممنوع لان القضاء موضع رفعة وطهارة أحوال فلا يليها ولد الزنا كالامامة فى الصلاة وروى ابن سحنون عن أبيه يستقضى الفقير اذا كان أعلم من بالبلد وأرضاهم ولكن لاينبغى أن يجلس حتى يغنى ويقضى عنه دينه وهذا مما لاخلاف فى صحته لان الفقر ليس بمؤثر فى دينه ولا علمه ولكن يستحب أن تزان حاجته ليتفرغ للقضاء وليكون أسلم له من مقارفة مايخل بحاله (مسئلة) ويستقضى المحدود فى الزنا والقذف والمقطوع فى السرقة اذا كان اليوم مرضيا من كتاب أصبغ ووجه ذلك ان ما كان عليه مما يمنع ولايته قد ظهر اقلاعه عنه كما لو كان كافرا ثم حسن اسلامه (فرع) وهل يحكم فيما حد فيه جوز ذلك أصبغ وفرق بينه وبين الشهادة ومنع ذلك سحنون اعتبارا بالشهادة

(الباب الثانى فى مجلسه وأدبه)

أما مجلس القاضى فانه ينبغى أن يكون فى المسجد وكره الشافعى أن يكون فى المسجد وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز قال مالك القضاء فى المسجد من الحق والأمر القديم لانه يرضى بالدون من المجلس ويصل اليه الضعيف والمرأة ولايحجب عنه أحد قال الشيخ أبو محمد واحتج بعض أصحابنا فى ذلك بقوله تعالى وهل أتاك نبأ الخصم إذ تسوروا المحراب الى قوله فاحكم بيننا بالحق وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قضى فى المسجد (فرع) ويستحب أن يجلس من المسجد فى رحابه الخارجة قال مالك ليصل اليه اليهودى والنصرانى والحائض قال وحيثما جلس القاضى المأمون أجزأه قال أشهب فى المجموعة ولابأس أن يقضى فى منزله وحيث أحب وأحب الى أن يقضى حيث جماعة الناس وفى المسجد الجامع قال سحنون قال غيره الا أن يدخل عليه فى ذلك ضرر لكثرة الناس حتى يشغله ذلك عن النظر والفهم فليكن له موضع فى المسجد يحول بينه وبين من يشغله واتخذ سحنون بيتا فى المسجد فكان يقعد فيه للناس (مسئلة) ولا ينبغى أن يقضى فى الطريق فى ممره الى المسجد أو الى غير ذلك الا أن يكون أمر عرض واستغيث اليه فيه فلا

بأس أن يأمر فيه وينهى فأما الحكم الفاصل فلا قاله مطرف وابن الماجشون قال أشهب في المجموعة لا يقضي القاضي وهو يمشي وقال أيضا لا بأس أن يقضي وهو يمشي اذا لم يشغله ذلك ولا بأس أن يقضي وهو متكئ (مسئلة) ولا تقام الحدود في المسجد ولا الضرب الكثير الا اليسير كالخمسة أسواط والعشرة ونحوها قاله مالك في الموازية والمجموعة وكتاب ابن سحنون ووجه ذلك أن الحدود تباشر بسيلان الدم والتأثير في الأجسام والمساجد موضوعة للتأمين والرحمة فيجب أن تنزه عن مثل هذا (مسئلة) قال مطرف وابن الماجشون ويتخذ القاضي أوقاتا يجلس فيها للناس على ما هو أرفق به وبالناس وليس بالضيق عليه حتى يصير كالأجنبي ولا ينبغي أن يجلس بين العشاءين ولا في الأسحار الا أن يحدث في تلك الأوقات ويرفع اليه أمر لا بد منه فلا بأس أن يأمر في تلك الساعة وينهى ويسجن فأما على وجه الحكم مما شخص فيه الخصوم فلا وقال أشهب في المجموعة ولا بأس أن يقضي بين المغرب والعشاء فمعنى قول ابن الماجشون ومطرف انه ليس عليه الجلوس ذلك الوقت ولا اشخاص الخصوم اليه في الأمور التي فيها احضار الخصوم وتقييد المقالات واحضار البينات لانها أمور لا تفوت ويلحق المطلوب بذلك المشقة في الخروج عن العادة وأما الأمور التي يخاف فواتها ويطرأ منها ذلك الوقت ما تدعو الضرورة الى النظر فيه فيلزمه ذلك ومعنى قول أشهب انه أباح له النظر بين المغرب والعشاء لان ترك ذلك حق من حقوقه فاذا أراد النظر ذلك الوقت فذلك مباح له والقول الأول أظهر لما في ذلك من الضرر بما يدعى في ذلك الوقت الى ما لا يخاف فواته وقد شرعت الآجال في القضاء بالحقوق والامهال واستقصاء الحجج وذلك ينافي القضاء بالليل وفي وقت يشق نقل البينات والتفرغ للادلاء بالحجج مع ما في ذلك من الخروج عن العادة في عمل القضاة ولا يكاد يفعل ذلك الا على وجه التضييق على المطلوب والمسارعة الى الحكم للطالب (مسئلة) وليس عليه أن يتعب نفسه فيقضي النهار كله قاله في المجموعة قال في العتبية وليقعد للناس في ساعات من النهار وقال مالك في الموازية اني أخاف أن يكثر فيخطئ قال في المجموعة يكره للقاضي أن يقضي اذا دخله هم أو نعاس أو ضجر شديد وفي غير هذا الموضع أو جوع يخاف على فهمه منه الابطاء أو التقصير وفي العتبية عن مالك انه ليقال لا يقضي القاضي وهو جائع ولا أن يشبع جدا فان الغضب يحضر الجائع والشبعان جدا يكون بطيئا الا أن يكون الأمر الخفيف الذي لا يضر به في فهمه ووجه ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يقضي القاضي وهو غضبان فكل حالة منعته من استيفاء حجج الخصوم كما يمنعه الغضب كان له حكمه في المنع من ذلك والله أعلم (مسئلة) وقوله ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه يريد والله أعلم أن يكون أحدهما أعلم بمواقع الحجج وأهدى الى ايراد ما يحتاج من ذلك وأشد تبيينا لما يحتج به قال أبو عبيدة اللحن بفتح الحاء الفطنة واللحن باسكان الحاء الخطأ في القول تعلق بعض أصحابنا بقول النبي صلى الله عليه وسلم فأقضي له على نحو ما أسمع منه في أن القاضي لا يقضي بعلمه وهذا التعلق ليس بالبين لانه لا يقضي القاضي بما سمع منه مع علمه بخلافه على قول من يثبت حكمه بعلمه ولا على قول من ينفيه فأما من يقول انه يقضي بعلمه فانه ينفذ ما علمه ولا ينظر الى حجة الخصم ولا الى ما شهد به عنده مما يخالف ذلك وأما من يمنع الحكم بعلمه فاذا اقتضت حجته أو ما شهد به بينهما خلاف ما علمه من الأمر امتنع من الحكم في ذلك وشهد عنده غيره بما في علمه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالمشهور من مذهب مالك ان الحاكم

لا يحكم في شيء أصلا بعلمه علمه قبل ولايته أو بعدها في مجلس حكم غيره في حقوق الآدميين أو غيرها قاله مالك وابن القاسم وأشهب قالوا وكذلك ماوجد في ديوانه من اقرار الخصوم مكتوبا وجوز ابن الماجشون وأصبغ وسحنون أن يحكم الحاكم بعلمه وبه قال أبو حنيفة والشافعي على اختلافهم في تفصيل ذلك والدليل على مانقوله قول الله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة فيقتضي العموم أن يجلدوا وان علم الحكم بصدقه وماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في ملاعنة لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت هذه وقال عبد الله بن عباس تلك امرأة كانت تظهر السوء وأيضا فان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقتل المنافقين وان كان علم كفرهم لما انفرد بذلك ومن جهة المعنى ان الحاكم لما كان غير معصوم منع من الحكم بعلمه ليبعد عن التهمة وتعلق ابن الماجشون في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم فأقضى له على نحو ما أسمع منه فعلق القضاء بما يسمع وتأوله مالك رحمه الله على مايسمع منه من اهتدائه الى مواقع حجته وعجز الآخر عن ايراد مايعتضد به ولذلك قال في أول الكلام فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته وأيضا فانه صلى الله عليه وسلم قال فأقضي له على نحو ما أسمع منه وماعلمه الحاكم ليس بموقوف على مايسمع ممن يقضى له بل قد يعلم من حقوقه مالا يسمعه منه ويسمع منه مالا يعلمه وهو صلى الله عليه وسلم انما علق الحكم بما يسمع منه فثبت بذلك وبقوله فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض انه انما يقضى له بما يبينه في خصومته لمعرفته بمواقع حججه من الحقوق التي تلزم الحاكم القضاء له بها ولعله غير مستحق لها (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون ومن تابعه من أصحابنا فانه انما يحكم بعلمه فيما جرى بين المتخاصمين في مجلس نظره خلافا لأبي حنيفة في قوله يحكم بعلمه في حقوق الآدميين مما علمه بعد القضاء خاصة وللشافعي في تجويزه ذلك على الاطلاق والدليل على مانقوله ان هذا حكم بدعوى دون بينة ولا يمين فوجب أن لا يصح لان الشرع انما قدر الحكم بأحدهما (فرع) واذا قلنا لا يحكم بعلمه فحكم بعلمه وسجل فقد قال القاضي أبو الحسن لا ينقض حكمه عند بعض أصحابنا * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه ينقض حكمه

(فصل) وقوله فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيأ فانما أقطع له قطعة من النار معناه والله أعلم ان قضاءه له بشيء من حق أخيه لما سمع منه من اظهار حجة أوجبت له ذلك من دعوى باطل عجز المحق عن انكاره أو انكار حق عجز المحق عن اثباته فان ذلك لا يملكه من حكم له به ولا يبيحه له وانما يعطيه قطعة من النار يريد والله أعلم قطعة من العذاب كقوله تعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا يعني والله أعلم مايعذبون عليه بالنار وقد يوصف الشيء بما يؤل اليه ويكون سببا له ولذلك يوصف الشجاع بالموت قال الشاعر

يا أيها الراكب المزجي مطيته * سائل بني أسد ماهذه الصوت

وقل لهم بادروا بالعذر والتمسوا * وجها ينجيكم اني أنا الموت

فوصف نفسه بانه الموت يريد انه سبب بشجاعته وقلة سلامته من يحارب به من الموت (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان حكم الحاكم لا يحل الحرام ولا يغيره عن حقيقته مثال ذلك أن يقيم الرجل شاهدي زور بان امرأة أجنبية زوجته له فحكم الحاكم بذلك فانه لا يحل وطؤها خلافا لأبي حنيفة في قوله ان ذلك يحله والدليل على ذلك الحديث المتقدم فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيأ فانما أقطع له قطعة من نار وهذا يقتضي انه اذا شهد له بزور بان زوجا طلق زوجته وان هذا تزوجها

بعده انما يقطع له الحاكم بذلك قطعة من النار لأنه قد قضى له بحق هو لأخيه والله أعلم ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب اختصم اليه مسلم و يهودى فرأى عمر أن الحق لليهودى فقضى له فقال له اليهودى والله لقد قضيت بالحق فضربه عمر بن الخطاب بالدرة ثم قال له ومايدريك فقال له اليهودى انا نجد أنه ليس قاض يقضى بالحق الا كان عن يمينه ملك وعن شماله ملك يسددانه و يوفقانه للحق مادام مع الحق فاذا ترك الحق عرجا وتركاه ﴾ ش قوله ان عمر اختصم اليه يهودى ومسلم فقضى عمر لليهودى لما رأى أن الحق له على حكم الاسلام لأن كل حكم بين مسلم وكافر فانما يقضى فيه بحكم الاسلام لانه انما عقدت لهم الذمة لتجرى عليهم أحكام الاسلام الا فيما يخصهم وأما اذا لم يكونوا ذمة وكانوا أهل حرب فان أمكن الحكم بين المسلم و بينهم على حكم الاسلام نفذوان تعذر ذلك لم يخرج أمرهم على وجه الحكم وذهب به الى معنى الصلح (مسئلة) وأما أحكام أهل الكفر فلا يخلوا أن يكونا على دين واحد كيهوديين أونصرانيين أو يكونا على دينين مختلفين كيهودى ونصرانى فان كانا من أهل دين واحد فانه لا نتعرض للحكم بينهما لأن الذمة لما عقدت لهم على أن تجرى أحكامهم بينهم فان رضيا جميعا بحكم الاسلام ولم يرض أساقفتهم به ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم لا يحكم بينهم الا برضى الخصمين و رضى أساقفتهم فان رضى الخصمان وأبى الاساقفة أو رضى الاساقفة وأبى ذلك أحد الخصمين لم يحكم بينهما وفى كتاب ابن عبد الحكم انه ان رضى الحاكم حكم بينهما وان أبى ذلك أحدهما طالبا أومطلوبا لم يعرض لهما فان اتفقا على الرضى بذلك فان الحاكم مخير بين أن يترك الحكم و بين أن يحكم بينهم بحكم الاسلام والاصل فى ذلك قوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم أوأعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيأ وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين وأما ان كانا على دينين مختلفين ففى النوادر قال يحيى بن عمر يحكم بينهما وان كره ذلك أحدهما لاختلاف ملتيهما (مسئلة) وهذا فى طريقة التخاصم والتطالب بالحقوق التى سامحت برضى الطالب لها وأما ما كان من التظالم كالغصب وقطاع الطريق والسرقة فان حكم المسلمين حكم الاسلام سواء كانا مسلمين أوكافرين على ملة واحدة أوملتين أو أحدهما مسلم والآخر كافر وهو كله قول مالك فى كتاب ابن عبد الحكم وغيره والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول اليهودى لعمر لقد قضيت بالحق يحتمل أن يريد لقد قضيت لى بما هو حق لى عليه و يحتمل أن يريد به لقد قصدت الحق فى حكمك هذا و يحتمل أن يريد لقد قضيت بالحق على حكم التوراة والله أعلم وأحكم

(فصل) وضربه اليهودى لما قال له والله لقد قضيت بالحق وقوله له ومايدريك يحتمل أن يكون عمر بن الخطاب رضى الله عنه حكم بينهما باجتهاده فيما لانص عنده فيه وكان يعتقد أن طريق ذلك غلبة الظن دون القطع والعلم ولذلك قال له ومايدريك يريد مايدريك أنه كما حلفت عليه وقطعت به فأنكر على اليهودى الحلف على ذلك وذلك يقتضى ضربه وعقوبته لان من حلف على القطع فى أمر يظنه استحق العقوبة لاسيما وقد تكون القضية من جهة القضاء صحيحة لكنها فى الباطن غير صحيحة لان أحد الخصمين ألحن بحجته من الآخر كما قال النبى صلى الله عليه وسلم فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذن منه فانما أقطع له قطعة من النار و يحتمل أن يكون ضربه لما حلف على شئ لا يعرفه ولا يعلم هو مقتضى تلك القضية فى شرع المسلمين لاسيما ان كانت ممن لم يتكرر ولم يتقدم فيها حكم انما شرعت باجتهاد أئمة المسلمين فيها و يحتمل أن يكون ضربه لما فهم منه انه أقسم على انه قصد

وحدثنى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب اختصم اليه مسلم و يهودى فرأى عمر أن الحق لليهودى فقضى له فقال له اليهودى والله لقد قضيت بالحق فضربه عمر بن الخطاب بالدرة ثم قال ومايدريك فقال له اليهودى انا نجد أنه ليس قاض يقضى بالحق الا كان عن يمينه ملك وعن شماله ملك يسددانه و يوفقانه للحق مادام مع الحق فاذا ترك الحق عرجا وتركاه

الحق لحكمه فأنكر عليه أن يحلف على باطنه ومعتقده وان كان قد صادف الحق فى يمينه هذه ويحتمل أن يكون ضربه لما اعتقد أنه قصد بذلك التزكية له والاطراء لما حكم له لما جبل عليه اليهود من المكر والخلابة فأنكر عليه ذلك وأدبه على ما بادر اليه منه وظن انه يجور عليه ليزجر الحكام من سلك معهم هذا السبيل

(فصل) وقول اليهودى انا نجد انه ليس قاض يقضى بالحق الا كان عن يمينه ملك وعن شماله ملك يسددانه ويوفقانه للحق ما دام مع الحق فاذا ترك الحق عرجا وتركاه ويحتمل أن يريد به اليهودى انه يقطع بان الحق له وانه ممن قد شاهد الحكم بمثله بين المسلمين أو انه من الحقوق التى لا تختلف فيها الشرائع فاستدل على اجتهاد عمر وقصده الحق بأن حكم له بما يعرف هو أنه حقه وعلم ذلك بما زعم أنه يجده فى كتبهم من أن الحاكم اذا قضى بالحق يريد قصده وبينه بحكمه كان معه ملكان يسددانه اليه وانه ان زاغ عن ذلك عرجا وتركاه فلا يوفق للحق فأمسك عنه عمر بعد ذلك اما تصديقا له واما أنه قد بلغ من أدبه ما أقنعه وما قاله اليهودى لا يبعد وقد قال الله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك وقد روى فى هذا المعنى حديثا ليس بذلك أبو عيسى الترمذى أخبرنا عبد القدوس بن محمد العطار أخبرنا عمرو بن عاصم أخبرنا عمر عن أبى اسحق الشيبانى عن ابن أبى أوفى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله مع القاضى ما لم يجر فاذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان

﴿ ماجاء فى الشهادات ﴾

﴿ماجاء فى الشهادات﴾ * حدثنا يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبى بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن عثمان عن أبى عمرة الانصارى عن زيد بن خالد الجهنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ألا أخبركم بخير الشهداء الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن عثمان عن أبى عمرة الأنصارى عن زيد بن خالد الجهنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ألا أخبركم بخير الشهداء الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها ﴾ ش قال مالك فى المجموعة وغيره معنى هذا الحديث أن يكون عند الشاهد شهادة لرجل لا يعلم بها فيخبره بها ويؤديها له عند الحاكم وذلك ان المشهود به على ضربين ضرب هو حق لله وضرب هو حق للآدميين فأما ما كان حقا لله تعالى فعلى قسمين قسم لا يستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر زاد أصبغ والسرقة فهذا ترك الشهادة به للستر جائز والأصل فى ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم لهزال هلا سترته بردائك ولو أن الامام علم بذلك فقد قال ابن القاسم فى المجموعة يكره الشهادة ولا يشهدوا بها الا فى تجريحه ان شهد على أحد (مسئلة) والقسم الثانى ما يستدام فيه التحريم كالطلاق والعتق والاحباس والصدقات والهبات لمن ليس له اسقاط حقه والمساجد والقناطر والطرق فهذا على الشهادات يقوم الشاهد فيها ويؤديها متى رأى ارتكاب المحظور بها وللشاهد فى ذلك حالان حال يعلم ان غيره يقوم بهذه الشهادة ويشاركه فيها وحال لا يعلم ذلك فيها فان علم أن غيره يقوم بها فانه يستحب له أن يبادر بادائها ليحصل له أجر القيام وليقوى أمرها لكثرة عدد من يقوم بها ولان فى قيام العدد الكثير بها ردعا لاهل الباطل وارهابا عليهم ويصح أن يتناول هذا عموم قوله صلى الله عليه وسلم خير الشهداء الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها ويكون معنى الاتيان بها هنا اداؤها عند الحاكم (مسئلة) فان بين له أن غيره قد ترك القيام بها أو لم يكن من يقوم بها غيره تعين عليه القيام بها لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه ولان القيام بالشهادة من فروض

الكفاية كالجهاد والصلاة على الجنائز فاذا اقام بها بعض الناس سقط فرضها عن سائر الناس واذا ترك القيام بها جميعهم أثموا كلهم اذا كان الحق مجمعا عليه وبالله التوفيق

(فصل) وأما الضرب الثانى وهو حق الآدميين فانه ان كان يجوز له اسقاطه مثل أن يرى ملك رجل يباع أو يوهب أو يحول عن حاله فروى ابن القاسم فى العتبية ان ذلك جرحة فى الشاهد حين رأى ذلك ولم يعلم بعلمه فيه قال غيره فى المجموعة وهذا اذا كان المشهود له غائبا أو حاضرا لا يعلم وأما ان كان حاضرا فهو كالاقرار وقال ابن سحنون عن أبيه انما ذلك فيما كان من حق الله تعالى أو كان للشاهد القيام به وان كذبه المشهود له كالحوالة والطلاق وأما العروض والحيوان والرباع فلا يبطل ذلك شهادته لان صاحب الحق ان كان حاضرا فهو أضاع حقه وان كان غائبا فليس للشاهد شهادة * وقال القاضى أبو الوليد وهذا عندى انما يكون جرحة فى الشاهد اذا علم أنه اذا كتمها ولم يعلم بها بطل الحق فكتم ذلك حتى صولح على أقل مما يجب له أو حتى ناله بكتمان شهادته معرة ودخلت عليه مضرة فعلم ضرر ورته الى شهادته ولم يقم بها حتى دخلت عليه مضرة بكتمانه اياها فهى جرحة فى شهادته وأما على غير هذا الوجه فلا يلزمه القيام بها لانه لا يدرى لعل صاحب الحق قد تركه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها قد تقدم من تأويل مالك فى ذلك ما بسطنا القول فيه ويحتمل قوله يأتى بها أن يأتى بها الى صاحب الحق فيخبره به من غير أن يعلم بذلك صاحب الحق والى هذا ذهب الشيخ أبو اسحق ويحتمل أن يريد بذلك انه يأتيه لادائها قبل أن يسألها بمعنى انه اذا سئل أداءها بادر بذلك فأسرع اليه ولم يحوج الى تكرار السؤال كما يقال فلان يعطيك قبل أن تسئله ويجيبك قبل أن تسئله يريدون بذلك سرعة عطائه وسرعة جوابه ولا يصح أن يريد بذلك أن يأتى بها الحاكم فيؤديها عنده قبل أن يسأله صاحب الحق اياها لان الحاكم لا يسمعها منه اذا لم يقم صاحب الحق بها وأما ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال خيركم قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يأتى قوم يشهدون ولا يستشهدون وقد قال ابراهيم النخعى ان معنى الشهادة فى الحديث اليمين يريد انه يحلف قبل أن يستحلف ص * مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن انه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من أهل العراق فقال لقد جئتك لأمر ماله رأس ولا ذنب فقال عمر وما هو فقال شهادة الزور ظهرت بأرضنا فقال له عمر أوقد كان ذلك فقال نعم فقال عمر والله لا يؤسر رجل فى الاسلام بغير العدول * ش قوله جئتك بأمر ماله رأس ولا ذنب معناه ليس له أول ولا آخر وهذا مما تستعمله العرب على وجهين أحدهما يريدون به الكثرة فيقول هذا جنس لا أول له ولا آخر اذا أخبرت عن كثرته والوجه الثانى يريد به الأمر المبهم الذى لا يعرف وجهه ولا يهتدى لاصلاحه فيقال ليس لهذا الأمر أول ولا آخر بمعنى انه مبهم ليس له وجه يتناول منه وهذا الحديث يحتمل الوجهين جميعا فيحتمل أن يريد به الكثرة فى كثرة شهود الزور وأن يريد به عظم الفساد بهذا الأمر حتى لا يهتدى لاصلاحه

(فصل) وقوله شهادة الزور ظهرت بأرضنا يريد الشهادة بالباطل ظهرت بأرضهم بعد أن لم تكن ولو كانت بأرضهم قديما لم يصفها الآن بالظهور وانما كان يصفها بالدوام أو بالبقاء والتزايد وشهادة الزور من الكبائر والأصل فى ذلك قوله تعالى والذين لا يشهدون الزور واذا مروا باللغو مروا كراما وما روى عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن أبى بكرة عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ثلاثا قالوا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وجلس وكان متكئا

* وحدثنى مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن انه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من أهل العراق فقال لقد جئتك لأمر ماله رأس ولا ذنب فقال عمر ما هو قال شهادات الزور ظهرت بأرضنا فقال عمر أوقد كان ذلك قال نعم فقال عمر والله لا يؤسر رجل فى الاسلام بغير العدول

ألاوقول الزورفمازال يكررها حتى قلنا ليته سكت

(فصل) وقول عمر أوقد كان ذلك دليل على انه أمر لم يتقدم علمه به ولا عهده بذلك البلد قبل اخبار هذا المخبر وذلك ان جميع الصحابة ومن آمن بالنبي صلى الله عليه وسلم فى زمنه ورآه وكانوا عدولا بتعديل الله اياهم واخباره انهم خير أمة أخرجت للناس وقوله تعالى محمد رسول الله والذين معه أشداء على الكفار رحماء بينهم تراهم ركعا سجدا يبتغون فضلا من الله ورضوانا سيماهم فى وجوههم من أثر السجود الآية وبهذا كان التعديل فى حياة النبي صلى الله عليه وسلم يبين ذلك ماروى عن عبد الله بن عتبة قال سمعت عمر بن الخطاب يقول ان ناسا كانوا يأخذون بالوحى فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وان الوحى قد انقطع وانما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم فمن أظهر لنا خيرا أمناه وقربناه وليس لنا من سريرته شئ الله يحاسبه فى سريرته ومن أظهر لنا شرا لم نؤمنه ولم نصدقه وان كانت سريرته حسنة فلما كان هذا حكم الصحابة كان الأمر فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدرا من زمن عمر على ان كل مسلم عدل لانه لم يكن فى المسلمين غير صحابى وهم عدول فلما أخبر عمر بما أحدث من ذلك قال أوقد كان ذلك لانه قد كان يظن الأمر على ما عهد فلما أخبر انه قد كان قال والله لا يؤسر رجل فى الاسلام بغير العدول (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ثبت على شاهد انه شهد بزور فان كان لنسيان وغفلة فلا شئ عليه ومن كثر منه ذلك ردت شهادته ولم يحكم بها لفسقه فأما من ثبت عليه انه تعمد ذلك فانه على ضربين أحدهما أن يقر بتعمد ذلك والثانى أن يرجع عن شهادته بعد أدائها فأما ان أقر بتعمد شهادة الزور فانه يعاقب وروى ابن وهب عن مالك انه يجلد قال ابن الماجشون يضرب بالسوط قال ابن القاسم يضربه القاضى قدر ما يرى وقال ابن كنانة يكشف عن ظهره قال ابن عبد الحكم يضرب ضربا موجعا (فرع) وروى ابن وهب عن مالك أنه يطاف به ويشهر وقال ابن الماجشون يطاف به فى الأسواق والجماعات وقال ابن عبد الحكم يشهر فى المساجد والحلق قال ابن القاسم فى مجالس المسجد الأعظم وروى ابن المواز وغيره عن مالك يسجن وروى مطرف عن مالك ولا أرى الحلق والتسخيم (فرع) وهل تقبل شهادته اذا تاب وروى ابن المواز عن أشهب عن مالك لا تقبل شهادته أبدا زاد عنه ابن نافع وان تاب وهى رواية ابن القاسم فى المدونة وروى على عن ابن القاسم فى الموازية تقبل شهادته اذا تاب وأظنه لمالك وجه رواية أشهب وابن نافع انه مما يسر ولا طريق الى معرفة صلاح حاله ووجه الرواية الثانية ان هذا نوع فسق فلا يمنع قبول الشهادة بعد التوبة كالقذف (فرع) فاذا قلنا تقبل شهادته اذا تاب فبأى شئ تعرف توبته قال ابن المواز تعرف بالصلاح والدؤب فى الخير وقد أشار اليه ابن الماجشون ووجه ذلك ان حاله الأولى كانت حال عدالة فى الظاهر وقد وقع منه معها ما دل على انها غير عدالة فلا تثبت له توبة الا بزيادة خير على ما كان عليه عند وجود شهادة الزور منه كالقاذف اذا كان عدلا حين قذفه

(فصل) وقول عمر والله لا يؤسر رجل فى الاسلام بغير العدول قيل معناه لا يحبس والأسر الحبس ويحتمل أن يريد به لا يملك ملك الاسر لاقامة الحقوق عليه الا بالصحابة الذين جميعهم عدول أو بالعدل من غيرهم فمن لم يكن من الصحابة ولم تعرف عدالته لم تقبل شهادته وهذا مذهب مالك والشافعى وقال أبو حنيفة مجرد الاسلام يقتضى العدالة فكل من أظهر الاسلام حكم له بالعدالة وقبلت شهادته حتى يعرف فسقه وحكى عنه أبو بكر الرازى ان ذلك الى زمن أبى حنيفة لان القرن الثالث آخر القرون التى أثنى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما من بعد القرن الثالث فلا يكفى فى عدالتهم مجرد

الاسلام والدليل على مانقوله قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء وقال وأشهدوا ذوى عدل منكم وهذا شرط اعتبار الرضى والعدالة وذلك معنى يزيد على الاسلام أو على اظهاره ودليلنا من جهة القياس ان العدالة لما كانت شرطا فى صحة الشهادة كان الجهل بوجودها مثل العلم بعدمها كالاسلام وقد روى عن عمر بن الخطاب انه كتب الى أبى موسى الأشعرى ان المسلمين عدول بعضهم على بعض يحتمل أن يكون ذلك قبل أن يبلغه ما بلغ و يحتمل أن يكون معنى ذلك أن الاسلام شرط فى العدالة وانه لا يقبل أحد غيرهم لانه محال أن يريد به قبول شهادة مسلم علم منه فسق والله أعلم (مسئلة) وللشاهد صفات لا يجوز أن يعرى منها أن يكون بالغا حرا عاقلا مسلما عدلا عارفا بالشهادة وصفة تحملها التى يجوز معها اقامتها متحرزا فيها وانما شرطنا البلوغ لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذه صفة البالغ المكلف لان الأمر والنهى لا يتوجه الا اليه ومن جهة المعنى ان الشاهد انما يجب أن يكون ممن يخاف و يتحرج من الاثم فيشهد بالحق و يتوقى الباطل والصغير لا يأثم بشئ ولا يخاف عقوبة فلا شئ يردعه من كتمان الحق والشهادة بالباطل وانما شرطنا العقل لان عدمه معنى ينافى التكليف كالصغر (فرع) اذا ثبت ذلك فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية فى ابن خمس عشرة سنة لم يحتلم لا تجوز شهادته الا أن يحتلم أو يبلغ ثمان عشرة سنة فتجوز شهادته وقال ابن وهب تجوز شهادة ابن خمس عشرة سنة وان لم يحتلم وجه قول ابن القاسم ان هذا لم يحتلم ولا بلغ السن الذى لا يبلغه غالبا الا محتلم فأشبه ابن عشرة أعوام لان الخمس عشرة سنة قد يبلغها من لا يحتلم واحتج ابن وهب فى ذلك بان النبى صلى الله عليه وسلم أجاز ابن عمر وهو ابن خمس عشرة سنة قال ابن عبد الحكم وغيره فى غير العتبية انما أجازه لما رآه مطيقا للقتال ولم يسأله عن سنه وليس فى هذا دليل على انه حد للبلوغ (مسئلة) وانما شرطنا الحرية خلافا لمن قال شهادة العبد مقبولة لان الرق نقص يمنع الميراث فنافى الشهادة كالكفر (مسئلة) وانما شرطنا الاسلام خلافا لمن جوز شهادة الكفار على المسلم فى الوصية حال السفر وان كانوا مجوسا لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله واشهدوا ذوى عدل منكم ولم يخص سفرا من حضر والدليل على مانقوله ان هذه حالة من أحوال الانسان فلم تجز فيها شهادة الذمى على المسلم كحال الامامة واما تعلقهم بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله انا اذا لمن الآثمين فان عثر على انهما استحقا اثما فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا انا اذا لمن الظالمين ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان قالوا فوجه الدليل من ذلك ما روى عن ابن عباس انه قال خرج رجل من بنى سهم مع تميم الدارى وعدى بن بداء فمات السهمى بارض بيد ليس فيها مسلم فلما قدما فقدوا جاما من فضة مخوص بذهب فاحلفهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا ابتعناه من تميم وعدى فقام رجلان من أوليائه فحلفا لشهادتنا أحق من شهادتهما وان الجام لصاحبهم قال ابن عباس وفيهم نزلت هذه الآية يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت والجواب أن الآية لا تتضمن شيأ مما ذكرتم وقد قال الحسن البصرى

ان معنى قوله تعالى ذوا عدل منكم يريدون قبيلكم أو آخران من غيركم يريد من غير الاسلام فلا يكونان شهيدين ويكون حكمهما ماتضمنته الآية من استحلافهما * وجواب ثالث وهوان سبب نزول هذه الآية وماذكر فى ذلك عن ابن عباس ينافى الشهادة ولذلك استحلفوا ولو كانوا شهودا لم يستحلفوا لانه لاخلاف فى ان الشاهد لاتجب عليه يمين وانما يستحلف من ادعى عليه حق ولذلك روى عن مجاهد أنه قال معنى الآية أن يموت الرجل فيحضر موته مسلمان أو كافران لايحضره غيرهما فان رضى ورثته ماغاب عليه من التركة فذلك ويحلف الشاهدان انهما الصادقان فان غيرا ووجد لطخ أو لبس أو شبه حلف الاوليان من الورثة واستحقا وأبطلا أيمان الشاهدين وقد يسمى الحالف شاهدا ويقول الحالف أشهد بالله ولذلك روى عن النخعى كانوا يضربوننا على الشهادة والعهد يعنى على اليمين على هذا الوجه (فرع) ولاتجوز شهادة الذمى على ذمى خلافا لأبى حنيفة فى قوله ان ذلك جائز والدليل على ذلك قوله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم والعدالة تنافى الكفر ودليلنا من جهة القياس ان من لاتجوز شهادته على مسلم لم تجز شهادته على كافر كالمجوسى والحربى (مسئلة) ولاتجوز شهادة الفاسق لان من شرط الشهادة العدالة لما تقدم وانما يراعى فى هذه الصفات وقت الأداء لاوقت التحمل فلو تحمل الشهادة وهو صغير عبد كافر ثم أداها بعد ان أسلم وبلغ وأعتق وكملت له صفات الشهادة قبلت شهادته ولو تحملها فى حال عدالة ثم أداها فى حال فسق لم تقبل شهادته وكذلك لو أشهدوا على شهادته فى حال فسقه ثم أداها من علمها عنه بعد ان بلغ العدالة لم تصح شهادتهم لان الاعتبار فى ذلك بصفاتهم وقت اشهاده على شهادته قال ذلك سحنون قال وهو قياس قول مالك وأصحابه (فرع) ولو شهد الشاهدان بها عند الحكم فردها المعنى من هذه المعانى ثم زال من ذلك المعنى لم يصح أداؤها لها ولو أدياها لم يجز للحاكم الحكم بها هذا قول مالك والشافعى وقال الحكم بن عيينة ان ردت شهادته لصغر أو رق أو كفر قبلت بعد ذلك وان ردت لفسق أو تهمة لم تقبل بعد ذلك مثل أن يشهد لزوجته بشهادة فترد ثم يطلقها فانه لايقبل لها فى تلك الشهادة وبه قال أبو حنيفة والدليل على مانقوله ان هذا ردت شهادته لمعنى فيه أوجب ردها فلم يجز قبوله فيها وان زال ذلك المعنى كالفسق (مسئلة) وانما شرطنا أن يكون عالما بتحمل الشهادة لانه من لم يكن عنده علم لتحملها لم يؤمن عليه الغلط فيها وترك ماهو شرط فى صحتها وانما شرطنا أن يكون متحرزا فيها لان من لم يكن متحرزا لم يؤمن عليه التخيل من أهل التخييل فيشهد بالباطل ولم يعلم (مسئلة) وهل من شرطه أن لا يكون مولى عليه روى أشهب عن مالك فى العتبية والمجموعة ان شهادة المولى عليه تجوز ان كان عدلا قال ابن المواز وهذه رواية ابن عبد الحكم وقال أشهب لاتجوز شهادته وان كان مثله لو طلب ماله أخذه قال ابن المواز وهو أحب الى قال ولاتجوز شهادة البكر فى المال حتى تعنس وان كانت من أهل العدل وجه القول الأول قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم ولم يفرق بين المولى وغيره وانما الولاية عليه لقلة معرفته بحفظ المال وتثميره وذلك لايمنع قبول شهادته مع العدالة ووجه القول الثانى ان من شرط الشاهد أن يعرف التحرز فاذا لم يكن من أهل التحرز فى حفظ ماله ولا يوثق به فى ذلك فبأن لا يوثق به فى أداء شهادته أولى

(فصل) اذا ثبت ذلك فالشهود على ثلاثة أقسام قسم يعرف الحاكم عدالته وقسم يعرف فسقه وقسم يجهل أمره فأما القسم الأول وهو من يعرف عدالته فيجب على الحاكم الحكم بشهادته ان لم يكن للمحكوم عليه مدفع فيها قال سحنون فى العتبية وذلك مثل الرجل المشهور بالعدالة وعند

الحاكم من معرفته مثل ما عند من يعدله فهذا الذى على الحاكم أن يقبله وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم اذا كان القاضى يعرف الرجل وكان يزكيه عند غيره لو لم يكن قاضيا فهذا الذى يسعه قبول شهادته وأما الضرب الثانى وهو من يعرف فسقه فلا يجوز له أن يحكم بشهادته بل يجب عليه ردها وذلك على ضربين أحدهما أن يعرف الحاكم فسقه والثانى أن يجرح عنده بانه يرتكب محظورا كالزنا والسرقة وشرب الخمر والعمل بالربا قال الشيخ أبو اسحاق ولا تقبل شهادة أحد من أهل الأهواء وان كان لا يدعو الى بدعته وتقبل شهادة القراء فى جميع الأشياء الا شهادة بعضهم على بعض فانهم يتحاسدون كالضرائر وقد اختلف فى شهادة القراء بالألحان وأحب الى أن لا تجوز والبخيل الذى ذمه الله ورسوله هو الذى لا يؤدى الزكاة فمن أدى زكاة ماله فليس ببخيل ولا ترد شهادته وقال بعض أصحابنا ان شهادة البخيل مردودة وان كان مرضى الحال يؤدى زكاة ماله لانه ساقط المروءة وذلك يمنع قبول الشهادة وكذلك ترد شهادة من يترك واجبا كترك الصلاة والصيام حتى يخرج الوقت المشروع لها وأما ترك الجمعة فجرحة فى الجملة واختلف فى تركها مرة واحدة فقال أصبغ هى جرحة كالصلاة من الفريضة فتركها مرة واحدة فيؤخرها عن وقتها وهذا ظاهر ما روى عن ابن القاسم فى العتبية وقال سحنون لا يكون جرحة حتى يتركها ثلاثة متوالية ومثله روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك (مسئلة) وهذا ما كان من العبادات على الفور وأما ما كان على التراخى فانها لا تبطل شهادته حتى يترك ذلك المدة الطويلة التى يغلب على الظن تهاونه بها مع تمكنه من أدائها قال سحنون فمن كان صحيح البدن متصل الوفر قد بلغ عشرين سنة الى ان بلغ ستين سنة فلا شهادة له وان كان من أهل الأندلس يريد اذا ترك الحج (مسئلة) وأما ترك المندوب اليه مما كان منه يتكرر ويتأكد كالوتر وركعتى الفجر وتحية المسجد وما قد واظب عليه الناس فان أخل أحد بفعله مرة أو مرارا لعذر أو غير عذر فلا تسقط بذلك عدالته وأما من أقسم أن لا يفعله أو تركه جملة فان ذلك يسقط شهادته والأصل فى ذلك قوله تعالى ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولى القربى والمساكين والمهاجرين فى سبيل الله وما روى عن عائشة قالت سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما فاذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه فى شئ وهو يقول والله لا أفعل فخرج عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أين المتألى أن لا يفعل المعروف فقال أنا يا رسول الله فله أى ذلك أحب فوجه الدليل فيه أن النبى صلى الله عليه وسلم أنكر عليه يمينه بذلك انكارا اقتضى اقلاعه عنه وتوبته منه فمن أصر على مثل ذلك وجب رد شهادته وأما الذى قال للنبى صلى الله عليه وسلم حين أخبره بالفرائض والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه فانه لم يحلف على أن لا يأتى بنافلة ولا يعمل شيأ من الخير ولكنه أقسم أن لا يفعل على وجه الوجوب عند ما أخبره به النبى صلى الله عليه وسلم عن وجوبه وان أجاز أن يفعل غير ذلك من جنسه على وجه النفل ويحتمل أن يريد بذلك انه لا يزيد عليه زيادة تفسده فلا يزيد على ركعات الصلاة فيصليها خمسا ولا ينقص منها فيصليها ثلاثا وان جاز أن يزيد فيها وينقص منها ما لا يخل بصحتها

(فصل) وأما من جهل الحاكم أمره فلا يعرفه بعدالة ولا فسق فلا يخلو أن يتناول شهادة ما يعدم شهادة أهل العدل فيه فى الأغلب أو ما لا يعدم ذلك منه فأما ما يعدم ذلك فيه غالبا مثل شهادة أهل الرفقة بعضهم على بعض فيما يختص بمعاملات السفر من بيع أو شراء أو قرض أو كراء أو قضاء وما

جرى مجرى ذلك فأما بيع العقار والأموال التي لم تجر العادة ببيعها في السفر فلا يقبل فيها الا العدول وكذلك ما شهد به بعضهم على بعض فيما يوجب الحد أو الضرب كالسرقة والتلصص والزنا والغصب الموجب للضرب فلا يقبل في ذلك الا أهل العدالة وانما تجوز شهادة التوسم في الأموال لاصلاح السفر واتصال السبل وروى ذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ووجه ذلك ما احتج به الشيخ أبو اسحاق من قوله تعالى واسأل القرية التي كنا فيها والعير التي أقبلنا فيها وانا لصادقون ومن جهة المعنى ما تدعو اليه الضرورة في السفر من قبول أهل الرفقة ومن لا يكاد يوجد فيها غيرهم (مسئلة) وانما يقبلون على التوسم وذلك أن يتوسم فيهم الحاكم الحرية والاسلام زاد الشيخ أبو اسحاق والمروءة والعدالة ولا يمكن المشهود عليه من تجريحهم لان من اجترأ على غير العدالة لا يمكن من تجريحه كالصبيان وان ارتاب السلطان ريبة قبل الحكم فان كان سبب الريبة قطع يد أو رجل أو جلد ظهر فليتوقف ويتثبت في توسمه فان ظهر له نفي تلك الريبة والا أسقطهم ولو شهد منهم واحد أو امرأة أو عدد لا توسم ان الذين قبلوا بالتوسم عبيد أو مسخوطون وذلك قبل الحكم فان السلطان يتثبت فيهم ويكشف عنهم فان ظهر له بعض ما قيل أمسك عن امضاء شهادتهم وان لم يظهر له ذلك حكم بها وان كان ذلك بعد الحكم بشهادتهم فلا ترد بشيء مما ذكرناه قبل هذا الا أن يشهد عدلان انهما أو أحدهما على صفة تمنع قبول الشهادة (مسئلة) وأما اذا تناولت شهادة الشاهدين ما لا يعدم شهادة أهل العدل فيه غالبا فانه لا يقبل شهادتهما الا بعد التزكية روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ليس تعديل الشهداء الى المشهود عليه وانما ذلك الى الحاكم ينظر في ذلك لنفسه سمى له ذلك المشهود عليه أو لم يسم وفي ذلك خمسة أبواب * الباب الأول في عدد المزكين * والباب الثاني في صفة المزكي * والباب الثالث في معنى العدالة وما يلزم المزكي من معرفة ذلك * والباب الرابع في لفظ التزكية * والباب الخامس في تكرار التعديل وما يلزم منه

(الباب الاول في عدد المزكين)

وذلك على وجهين تزكية علانية وتزكية سرية فأما تزكية العلانية ففي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك لا يجزىء في التزكية أقل من اثنين ووجه ذلك قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وهذا في كل شيء الا في تزكية شهود الزنا فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك لا يعدل كل واحد الا باربعة وقال ابن الماجشون يجوز في تعديلهم ما يجوز في تعديل غيرهم اثنان على كل واحد أو أربعة لجميعهم (مسئلة) وأما تزكية السر فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ ينبغي أن يكون للحاكم رجل عرف دينه وفضله وميزه وتحرزه لا يعرفه أحد سوى الحاكم فيبعث عن أحوال الناس ويكتم بذلك فاذا كلفه القاضي أن يتعرف له حال شاهد تسبب الى ذلك بالبحث والسؤال من حيث لا يعلم به أحد ثم يعلم الحاكم بما عنده من ذلك فهذه تزكية السر (فرع) وكم عدد المزكين في السر في المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك يكفي في ذلك الرجل الواحد العدل وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا أحب أن يسأل في السر أقل من اثنين وقال سحنون لا يقبل في السر الا اثنان وجه القول الأول انه نائب عن الحاكم فاقتضى ذلك انفراده ووجه القول الثاني أنها شهادة في تعديل كتزكية العلانية (مسئلة) والأفضل في التعديل أن يجمع بين السر والعلانية وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ لا ينبغي أن يكتفي بتعديل العلانية دون تعديل السر وقد يجزى تعديل السر عن تعديل

العلانية ووجه ذلك أن تعديل السر لا يجتزى فى ذلك السائل الا بالخبر الفاشى المتكرر المحقق الذى يقع به العلم للمستخبر ولذلك لا يعذر فيه الى أحد وأما تعديل العلانية فيقبل فى ذلك شاهدان فلا يقوى قوة ما يقع به العلم ولذلك يعذر فيه الى المشهود عليه فاذا أمكن أن يجمع بين الأمرين فهو أولى ليستوى فى تعديله السر والجهر وان اقتصر فى الرجل المشهور الفضل بتزكية السر فلا بأس بذلك لما عليه من الغضاضة بمطالبته بالتزكية والتوقف فى قبول شهادته حتى يزكى فان لم تعلم حالته بالسؤال فى السر عن أمره ولم يوجد من يخبر بذلك عنه الا الرجلان والثلاثة اضطر فى أمره الى تزكية العلانية واجتزئ بها فى الذى لم تشتهر عينه وفى المدونة يكفى فى ذلك أن يزكى فى السر أو العلانية والله أعلم وأحكم

(الباب الثانى فى صفة المزكى)

روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ لا يجوز تعديل الرجل وان كان عدلا حتى يعرف وجه التعديل ورواه مطرف عن مالك وقال سحنون من رواية ابنه عنه لا تقبل تزكية الابله من الناس وقال سحنون وليس كل من تجوز شهادته يجوز تعديله ولا يجوز فى التعديل الا المبرز النافذ الفطن الذى لا يخدع فى عقله ولا يستزل فى رأيه ووجه ذلك أن معرفة أحوال الناس ومعرفة الجائز منها من غيره مما يخفى ولا يعلمه الا آحاد الناس وأهل الميز والحذق منهم وأما دفع عقد الى شاهد يشهد فيه بما يشهده عليه المتعاقدان فى بيع أو غيره فذلك أمر ظاهر يبعد من الخطأ والمخادعة لمن له أقل معرفة وأيسر جزء من التحرز (فرع) ولا يجوز أن يكون المعدلان غير معروفين عند الحاكم فيزكيان عنده اذا كان شاهد الأصل من أهل البلد وان كان غريبا جاز ذلك قاله مالك فى المدونة وغيرها ووجه ذلك أن الغريب قد يكون مجهول الحال فى البلد فلا يعرف عدالته الا من يعرف الحكم فيحتاج أن يعرف به وأما المساكن بالبلد فحاله فى الأغلب معلومة كحال المزكى له فلا يقبل فى تزكيته الا أهل العدالة على ما وصفنا قبل هذا

(الباب الثالث فى معنى العدالة وما يلزم المزكى من معرفة ذلك)

من لا يعرفه الحاكم بهذه الصفة يطلب فيه التزكية قال سحنون يزكيه عنده من يعرف باطنه كما يعرف ظاهره من صحبه الصحبة الطويلة وعامله بالأخذ والاعطاء قال ابن سحنون عن أبيه فى الحضر والسفر * قال مالك كان يقال لمن مدح رجلا أصحبته فى سفر أخالطته فى مال * قال مالك فى الرجل يصحب الرجل شهرا فلا يعلم منه الا خيرا لا يزكيه بهذا وهو كبعض من يجالسك وليس هذا باختبار وقال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى الشاهد لا يعرفه القاضى بعدالة ولا فساد الا أنه ممن يحضر الصلوات فى المساجد قال سحنون يعرفه بظاهر جميل من أهل المساجد والجهاد قال ابن القاسم لا يقبل شهادته ويطلب فيه التزكية قال سحنون لا يزكيه بذلك (مسئلة) اذا ثبت أن التزكية تفتقر الى أن يعرف المزكى من حال الشاهد ما ذكرناه ففى العتبية عن سحنون ما معناه انه لا يؤثر فى ذلك أن يقارف بعض الذنب كالامر الخفيف من الزلة والفلتة فمثل هذا لا يمنع من عدالته * قال مالك من الناس من لا تذكر عيوبهم يكون عيبه خفيفا والامر كله حسن ولا يعصم أحد من أهل الصلاح وتقبل شهادة اللاعب بالشطرنج ولو لم تقبل الا ممن لا يقارف شيأ من العيوب ما قبلت لأحد شهادة (مسئلة) ويزكى الشاهد وهو غائب عن القاضى قاله ابن القاسم فى المدونة معناه والله أعلم انه مشهور العين والاسم عند القاضى والمزكى معروف العين وان لم يكن

كذلك فلا يزكى الا عينه وقد روى ابن سحنون عن أبيه يصح أن يزكى المزكى رجلا لا يعرف اسمه وقاله ابن كنانة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي انه زكاه على عينه وان هذا أمر يقل و يندر اذا كان لا يصح تزكيته له الا بعد المداخلة في السفر والحضر والمعاملة الطويلة بالاخذ والاعطاء و يكون مع ذلك لا يعرف اسمه الا أن يكون مشهورا بكنية كأبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام وأبي بكر بن عباس أو يغلب عليه لقب قد رضيه كأشهب بن عبد العزيز واسمه مسكين وكنيته أبو عمرو وأشهب لقب وكذلك سحنون اسمه عبد السلام وكنيته أبو سعيد وسحنون لقب فمثل هذا يمكن فيه ما قال والله أعلم ومع ذلك فاني أقول ان الجهل باسمه يؤثر في تزكيته وانما يقبل مع ما شرط من سبب معرفته

(الباب الرابع في لفظ التزكية وحكمها)

قد قال مالك من رواية ابن وهب عنه في المزكى يقول لا أعلم الا خيرا * قال مالك و يلقاه في الطريق ولا يعلم منه الا خيرا ولا يجوز هذا قال سحنون ولا يجزئه أن يقول هو صالح وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ يجزئه في ذلك لفظ العدل والرضى وقال القاضي أبو بكر كل لفظ كني به عن العدل والرضى فانه يجزئ وانما اختير لفظ العدل والرضى لأنه الذي ورد به القرآن قال الله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال عز من قائل ممن ترضون من الشهداء قال الشيخ أبو القاسم ولا يقتصر على أحد الوصفين من العدل والرضى حتى يجمعهما (فرع) اذا ثبت أن الاعتبار بمعنى العدالة وأن الاختيار لفظ العدالة والرضى فقال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ يجزئه أن يقول أراه عدلا رضى وليس عليه أن يقول وأعلمه عدلا رضى جائز الشهادة ولا يقبل منه اذا قال لا أعلمه الا عدلا رضى قال سحنون ولا يقبل منه حتى يقول انه عدل رضى وجه الرواية الاولى أن التعديل اخبار عما يعتقد فيه من الصدق لما ظهر اليه من الاحوال المرضية ولا يصح أن يقطع على مغيبه وجه الرواية الثانية التزكية وان الرضى والعدالة متعلقة بما ظهر اليه من أحواله وذلك مقطوع به

(الباب الخامس في تكرير التعديل وما يلزم منه)

قد روى في المجموعة أشهب عن مالك في الرجل يشهد فيزكى ثم يشهد ثانية قال تقبل شهادته بالتزكية الاولى وليس الناس كلهم سواء منهم المشهورون بالعدالة ومنهم من يغمص منه الناس قال ابن كنانة أما الذي ليس بمعروف فانه يؤتنف فيه تعديل ثان وأما المشهور بالعدالة فالتعديل الاول يجزئ فيه حتى يجرح بأمر بين وروى ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون ليس عليه ائتناف تعديل الا أن يغمز فيه بشيء أو يرتاب منه ولا يزيده طول ذلك الا خيرا وجه القول الاول الذي ليس بمشهور العين ولا مشهور العدالة فانه يمكن أن يكون فيه أحوال خفيت عن المعدلين وربما يتعذر تجر بحه على المشهود عليه لخفاء عينه وقلة العلم به فيؤتنف فيه التعديل ليحقق أمره و يستبرأ حاله ووجه القول الثاني ان الحكم الاول بتعديله باق لا ينقضه التجريح والارتياب فلا يلزم تجديد حكم آخر فيه (فرع) فاذا قلنا انه يؤتنف فيه التعديل فقد قال أشهب في المجموعة ان شهد مرة ثانية بعد زمان الخمس سنين ونحوها فليسئل عنه المعدل الاول فان كان قد مات عدل مرة أخرى والا لم يفعل وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية ان كانت الشهادة الثانية قريبة من الاشهر وشبهها ولم يطل جدا لم يكلف تزكية وان كان قد طال فليكشف عنه ثانية طلب ذلك المشهود عليه أو لم يطلب

والسنة كثير (مسئلة) ومن الذى يكلف تعديله فى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انه يسأله من يعدله فان لم يأت بذلك فلا يقبله قال سحنون ولا يطلب التزكية من الشاهد وذلك على الخصم وانما عليه أن يجيز الحكم ممن يعرفه ومن يعدله * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهذا هو الأظهر عندى فاذا قلنا بذلك فان الحاكم يكلف من يشهد له يزكيه من لا يعرفه فان زكاه والارد شهادته لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء واذا لم يعرف عدالته لم يرضه ص ﴿ مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ﴾ ش قوله لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين قال ابن كنانة فى المجموعة الخصم فى هذا الحديث الرجل يخاصم الرجل فى الامر الجسيم مثله يورث العداوة والحقد فمثل هذا لا تقبل شهادته على خصمه فى ذلك الامر وفى غيره وان خاصمه فيما لا خطب له كثوب قليل الثمن ونحوه مما لا يوجب عداوة فان شهادته عليه فى غير ما يخاصمه فيه جائزة وقال يحيى بن سعيد الخصم فى هذا الحديث الوكيل وقاله ابن وهب * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والوجهان عندى محتملان فيحتمل أن يريد به العدو المخاصم ويحتمل أن يريد به الوكيل على خصومته لا تقبل شهادته على ما يخاصم فيه (مسئلة) وكذلك اذا كان حقا لله تعالى فقام به أحد يطلبه ويخاصم فيه فانه لا تقبل شهادته فيه قاله ابن القاسم فى العتبية وروى ابن حبيب عن مطرف ان شهادته جائزة وجه قول ابن القاسم ان الناس قد جبلوا على أن من خاصم فى شئ ان له اتمامه والنفاذ فيه فلا يؤمن على هذا المخاصم أن يزيد فى شهادته ما ينفذ به فيما يحاوله وجه قول مطرف ان هذا حق لله تعالى فلا يتهم أحد فيه لان الواجب على كل أحد القيام به ولو لم تقبل شهادة قائم به لما قبلت شهادة أحد لان كل أحد يتعين عليه القيام به والقائم به لا يجر به منفعة الى نفسه فلا يمنع ذلك من قبول شهادته (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان خصومتهما معتبرة بالتهمة فى أداء الشهادة فان أداها قبل الخصومة ثم حدثت الخصومة قبل الحكم * قال القاضى أبو الوليد فالصواب عندى الحكم بها وان تحملها قبل الخصومة ثم حدثت الخصومة فان كان أشهد بها قبل الخصومة ثم أداها بعد الخصومة فهى جائزة حكاه الشيخ أبو محمد فى نوادره عن ابن الماجشون وان لم يشهد بها وأداها فى حال الخصومة أو بعدها بالقرب منها فهى غير جائزة وان كان بعدها مدة لا تلحق فى مثلها التهمة جازت الشهادة وان أداها قبل العداوة ثم حدثت العداوة قبل الحكم بها فقد قال ابن القاسم وأشهب ان الشهادة ماضية يجب الحكم بها (فرع) وقوله ولا تجوز شهادة خصم ولا ظنين يريد لا يجوز أداؤها وأما تحملها فمعتبر بوقت أدائها وللشهادة حالان حال تحمل وحال أداء وانى أفرد لكل واحد منهما بابا ان شاء الله تعالى

(الباب الأول فى تحمل الشهادة)

أما تحمل الشهادة فعلى ثلاثة أضرب أحدها تحمل نقلها من الأصل والثانى تحمل نقلها عن الشهود والثالث تحمل نقل حكمها عند الحاكم فاما تحمل نقلها من الأصل فعلى ضربين أحدهما أن يسمع لفظ الذى عليه الحق بالشهادة له أو اقراره والضرب الثانى أن يشهد على ما تقيد فى كتاب فاما الضرب الاول وهو أن يسمع ما يشهد به فهو اذا وعاه جاز له أن يشهد به ويلزمه ذلك اذا لم يقم بالشهادة غيره وتجوز على هذا شهادة الأعمى خلافا لأبى حنيفة فى قوله لا تجوز ما تحمل حال العمى وللشافعى فى قول ولا تجوز شهادته الا أن يكون المشهود له والمشهود عليه فى يديه الى أن تؤدى الشهادة بالاشارة اليهما والدليل على ما نقوله ان كل من صح منه معرفة المقر والمقر له جاز أن تقبل شهادته

* وحدثنى مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين

بينهما مع العدالة كالمبصر والأعمى يعرف ذلك بمعرفة الصوت يدل على ذلك ما احتج به سحنون من انه يجوز له أن يطأ امرأته بمعرفة صوتها ويؤيد ذلك انه يجوز له أن يحلف على حقه بمعرفة صوت مبايعه والمقترض منه قال المغيرة وابن نافع وسحنون سواء ولد أعمى أو عمى بعد ذلك

(مسئلة) وأما اذا لم يع جميع ما شهد به فان كان نسى منه ما لا يخل بما حفظ فليشهد بما حفظ وتيقنه دون ما يشك فيه وان كان نسى ما يخاف أن يكون مؤثرا لما حفظ ومغيرا لحكمه فلا يشهد به وهذا حكم الاقرار فيمن سمع رجلا يحدث غيره بما فيه اقرار ففي المدونة عن ابن القاسم قال مالك في الرجل يمر بالرجلين يتكلمان ولم يشهداه فيدعوه أحدهما الى الشهادة انه لا يشهد قال ابن القاسم الا ان يستوعب كلامهما * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وذلك عندي على وجهين أحدهما أن يكون لمالك في ذلك قولان أحدهما انه لا يشهد به على الاطلاق مخافة الاستغفال والتحيل على المقر والثاني انه يلزمه أداء الشهادة اذا استوعب الكلام ولم يفته ما يخاف أن يخل بالمعنى والوجه الثاني أن يكون ما قاله ابن القاسم تفسيرا لقول مالك والوجه الاول أظهر لقول ابن القاسم قول مالك الاول لا يشهد وفي الموازية عن مالك ما يقوي هذا التأويل فيمن سمع رجلين يتنازعان فأقر أحدهما للآخر ولم يشهدا السامع لا يشهد الا أن يكون قاذفا وقال أشهب هذه رواية فيها وهم وليشهد بما سمع من اقراره وان لم يعلم المقر له فليعلمه وقد اختلف قول مالك وأقوال أصحابه فيما يتعلق بهذا المعنى ويرجع اليه ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في شهادة المختفي على الاقرار اذا كان المقر ممن يخاف أن يخدع أو يستضعف لم يلزمه ذلك ويحلف انه ما أقر الا لما يذكر من ذلك وأما من لا يخاف عليه ذلك وهو في الخلوة يقر ويجحد عند البينة فعسى أن يلزمه ذلك ورواه ابن المواز عن مالك قال عيسى بن دينار أرى ذلك ثابتا وسئل سحنون عن ذلك فقال حدثنا ابن وهب أن الشعبي وشريحا كانا لا يجيزان ذلك فظاهر ما جاوب به من الرواية الأخذ بها في المنع واختلف قول مالك في الرجلين يتحاسبان بحضرة رجلين ويشترطان عليهما أن لا يشهدا بما يقران به فيقر أحدهما فيطلبهما الآخر بالشهادة فروى ابن القاسم عن مالك يمتنعان من الشهادة ولا يعجلا فان اصطلح المتداعيان والا فليؤديا الشهادة وروى عنه ابن نافع لا أرى بامتناعهما من الشهادة بينهما بأسا وقال الشيخ أبو اسحق لا تجوز شهادة الحاكم بما سمع من الخصوم وكذلك شهادة من توسط بين اثنين (مسئلة) اذا سأل المستفتي فقيها عن أمر ينوي فيه ولو أقر عند الحاكم أو أسر به بينة لم ينو وفرق بينه وبين امرأته فأتته الزوجة تسأله عن الشهادة ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم لا يشهد عليه زاد ابن المواز ولو شهد لم ينفعها الا ان اقراره على غير الاشهاد وما أقر به من طلاق أو حد مما لا رجوع له عنه ثم أنكر فليشهد به عليه وقال الشيخ أبو اسحق ولا تجوز شهادة الفقيه بما يسئل عنه

(فصل) وأما اذا شهد على ما تقيد في كتاب فلا يخلو أن يكون غير مختوم أو مختوما فان كان غير مختوم فعندي انه يلزمه أن يقرأ ما تقيدت به الشهادة في آخر العقد ان كان يقرأ أو يقرأ له ان كان أميا أو أعمى ليعلم بذلك موافقة تقييد الشهادة لما شهد به وان كان الكتاب مختوما ففي المعونة للقاضي أبي محمد اختلف قول مالك فيمن دفع الى شهود كتابا مطويا وقال اشهدوا على بما فيه هل يصح تحملهم للشهادة أم لا وكذلك الحاكم اذا كتب كتابا الى حاكم وختمه وأشهد الشهود بأنه كتابه ولم يقرأ عليهم فعنه في ذلك روايتان احداهما ان الشهادة جائزة والاخرى انهم لا يشهدون به الا أن يقرؤه وقت تحمل الشهادة فوجه الجواز انه أشهدهم على اقراره بما في كتاب عرفوه فصح تحملهم للشهادة

وأصله اذا قرأه عليهم واستدل القاضي أبو اسحق لذلك بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع كتابا الى عبد الله بن جحش وأمره أن يسير ليلتين ثم يقرأ الكتاب فيتبع مافيه قال ووجه المنع قوله تعالى وماشهدنا الا بما علمنا واذا لم يقرؤا الكتاب لم يعلموا مايشهدون به فلم تجز شهادتهم

(الباب الثاني في حال أداء الشهادة)

أما حال الاداء فان كان يؤدى شهادة حفظها فحكمه أن يكون حافظا لها حين الاداء اما لانه استدام حفظها واما لانه قيدها في كتاب يذكرها منه حال الاداء على وجه لايشك في صحته وقد يكون ذلك في كتاب يتفقده عند نفسه وقد يكون في كتاب عقد المشهود له به عقدا بما علم في الشاهد من ذلك وهذا يسميه أصحاب الوثائق عقد استرعاء وصفته أن يكتب شهد من تسمى في هذا الكتاب من الشهداء انهم يعرفون كذا ثم يكتب الشاهد شهادته ويسلم العقد الى صاحبه المشهود له فاذا احتاج اليه ودعى الشاهد الى الشهادة لزم الشاهد أن ينظر فيه فان كان ذاكرا لجميعه ويذكر ذلك بقراءته أدى الشهادة على عمومها وان ذكر بعضه شهد بما ذكر منه وان لم يذكر شيأ منه فلا يشهد (مسئلة) وأما ان كان أشهد على عقد تبايع أو نكاح أو هبة أو حبس أو اقرار مما لايلزم الشاهد حفظه وانما يلزمه مراعاة تقييد الشهادة في آخره فان كان يذكر انه أشهد عليه ويعرف خطه ولا يسترب بشئ من الكتاب في محو ولا بشر ولا الحاق فليؤد الشهادة وعلى الحاكم أن يعمل بها وان استراب بشئ فلا يشهد لانه شاك فيما شهد على حقه بمعرفة صوت مبايعه والمقترض منه وان لم يذكر الشهادة فان ميز خطه ولم يذكر انه أشهد ولا أنه كتبه فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان عرف خطه ولم يذكر الشهادة ولا شيأ منها فان لم يكن في الكتاب محو ولا ريبة فليشهد بها وان كان في الكتاب محو فلا يشهد ثم رجع فقال لايشهد وان عرف خطه ثم يذكر الشهادة أو بعضها أو مايدل منها على أكثرها قال ابن حبيب وبالأول أقول ولا بد للناس من ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن عبد الحكم وابن وهب وقال ابن القاسم وأصبغ بقوله الآخر (مسئلة) وأما اذا ذكر انه كتب شهادته وعرف خطه الا أنه لايذكر مافيه ففي المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك لايشهد بها ولكن يؤديها كما علم ولا يحكم بها وقال سحنون في العتبية اذا عرف خطه في كتاب لايشك فيه ولا يذكر كل مافي الكتاب فقد اختلف فيه أصحابنا وقوله انه لم ير في الكتاب محوا ولا لحقا ولا ما يستنكره ورأى الكتاب خطا واحدا فليشهد بما فيه وان لم يذكر من الكتاب شيأ ولا يجد الناس من هذا بدا (فرع) اذا ثبت ذلك فصفة اداء الشهادة قال ابن القاسم عن مالك في المدونة لايشهد بها ولكن يؤديها كما علم ففرق بين الاداء والشهادة فكأنه أشار بالشهادة الى مايعتقد أنه كامل ويورده ليعمل به وأشار بالاداء الى الاخبار بما عنده وانه غير كامل فلا يعمل به وقال أشهب عن مالك في العتبية في شهادة من رأى خطه في كتاب ولا يذكرها يرفعها الى الامام على وجهها وليقل هذا كتاب شبيه كتابي وأظنه اياه ولا أذكر شهادة ولا أني كتبتها يحكي ذلك ولا يقضى بها وان لم يكن في الكتاب محو وعرف خطه فقد يضرب على خطه وقال ابن الماجشون في الواضحة يشهد الذي لايعرف الا خطه فيقول ان مافيه حق وذلك لازم له وان ذكر للحاكم أنه لايعرف من الشهادة شيأ وقد عرف خطه ولم يرتب في شئ فلا يقبلها وقال سحنون يقول اشهد بما في هذا الكتاب وهذا أمر لايجد الناس منه بدا ولو أعلم القاضي بذلك رأيت أن يجيز شهادته اذا عرف أن الكتاب خط يده قال وجميع أصحابنا يقولون شهادته جائزة وهذا عندي هو الأظهر لانه لايشهد بذلك حتى

يعرف خطه معرفة صحيحة لايشك فيها وقد قال ابن نافع اذا لم يعرف عدد المال فذلك الى الامام يعرفه الشاهد بأنه لايعرف ذلك وما أرى ذلك ينفع وقاله ابن وهب عن مالك فى العتبية يقضى القاضى بشهادته وان لم يشهد عنده على عدة المال وروى ابن القاسم عن مالك اذا لم يعرف عدد المال ردت شهادته وان ذكر أنه قد كان أشهد مع معرفة خطه وهذا عندى انما هو الخلاف فمن قيد شهادته باسترعاء على معرفته بمال وعدده أو غير ذلك من الحقوق ثم نسى فهذا يحتمل الخلاف المذكور لانه لايجوز له أن يقيد شهادته الاعلى معلوم عند تقييد شهادته فاذا نسى بعد ذلك تيقن ماتضمنه العقد أو بعضه وذكر تقييده للشهادة وعرف انه لم يوقعها الاعلى معلوم احتمل الوجهين أحدهما اجازة شهادته لانه متيقن صحتها والثانى رد شهادته لانه عند الاداء غير ذاكر له وقد قال أبو زيد عن ابن القاسم اذا عرف خطه وأثبت من أشهده فى دار الا انه لايذكرانها التى فى هذا الكتاب لايشهد حتى يثبت مافى هذا الكتاب حرفا حرفا وهذا يدل على انه عقد استرعاء وأما ماشهد فيه من العقود فقد قدمنا انه لايلزمه تصفحه ولا قراءته ولا يتصفح منه الا موضع التقييد للشهادة ولذلك شهد على الحكام بالسجلات المطولة التى فيها الأوراق ولا يقرأ الا فى المدد الطوال مع القدرة على ذلك والتفرغ له وربما اجتمع النفر الكثير للاشهاد منه وان لزم كل انسان قراءته وتصحفه وتحفظه لتعذر الاشهاد فيه واذا ثبت انه لايلزمه قراءته ولا معرفة مافيه حين تقييد شهادته فبأن لايلزمه ذلك حين الاداء أولى وما احتج به من قوله وماشهدنا الا بما علمنا غير لازم انه اخبار عن شهادة معينة ولا يقول أحد ان الشهادة بالمعلوم غير جائزة وانما الخلاف فى الشهادة بما لم يعلم والآية لاتتضمن حكم هذا وأيضا فانا نقول بموجب ذلك فان الشاهد انما يشهد بما يعلمه من صحة تقييده الشهادة فى العقد على الوجه اللازم فى ذلك (مسئلة) ومن حكم أداء الشهادة أن يشهد بما يعلم ويقطع به فان شك فى شئ لم يشهد به قاله مالك فى المجموعة وأما من دعى الى شهادة فلم يذكرها زاد ابن القاسم فقال عند القاضى لاأذكرها ثم ذكرها قال ابن القاسم ثم عاد بعد أيام فشهد ففى الموازية عن مالك يقبل منه ان كان مبرزا لايتهم ولم يمر من طول الزمن مايستنكر قال سحنون فى المجموعة ان قال أخرونى لاتفكر وانظر جازت شهادته ان كان مبرزا وان قال ماعندى علم ثم رجع فأخبر بعلمه فقد اختلف فيه عن مالك وأجازها ابن نافع فى المبرز فى القرب وجه اجازتها انه انما أخبر بان لاعلم له عنده فى ذلك الوقت وذلك لاينفى أن يكون علم ذلك قبله فاذا تذكر بعد ذلك ماتقدم علمه به جازت شهادته كما لو تقيدت شهادته فى عقد أشهد عليه فان أكثر الناس ينسى ذلك فاذا وقف على العقد ورأى خطه يذكر شهادته وجاز أداؤه لها ووجه القول بردها ان قطعه بنفى علمه ظاهره انه ليس عنده أصل ولا سبب يتذكر منه قال ابن حبيب انما هذا اذا سئل عند الحاكم أو سئل المريض عند نقلها عنه فأما فى غير هذين الوجهين فلا يضره ذلك (فرع) فاذا قلنا برد شهادته فقد قال ابن المواز عن أشهب ان قال كل شهادة أشهد بها بينكما زور لم يضره ذلك وليشهد وقال ابن حبيب من قال لخصم ما أشهد عليك بشئ ثم شهد عليه يقبل ذلك منه ولا يضره القول الأول وان كانت عليه بينة وهذا عند الحكم ومعنى ذلك عندى انه اذا وعده أن لايقيم عليه الشهادة ثم رجع عن ذلك الى الواجب من اقامتها عليه أو يكون نسى الشهادة ثم ذكرها فأداها والله أعلم وأحكم قال الشيخ أبو اسحق من شهد وحلف لم تقبل شهادته وأما محل نقل الشهادة عن الشهود ففيه بابان * أحدهما نقلها عن شهداء معينين * والباب الثانى فى نقلها عن شهداء غير معينين

(الباب الأول في نقل الشهادة عن معينين)

فأما نقلها عن المعينين فيجب أن يكون ممن ينقل عنه متيقنا لما أشهد به غير شاك في شئ منه فمن شك في ذلك أو نسيه لم يصح نقلها عنه قاله مالك في المجموعة (مسئلة) ومن سمع شاهدا ينص شهادته لم يجز أن ينقلها عنه حتى يشهده على ذلك ووجه ذلك ان المخبر قد يترك التحرز والاستيعاب للشهادة والمؤدي للشهادة يتحرز فيها ويؤديها أداء يقتضي العمل بها وأداء الشاهد شهادته الى من ينقلها عنه كادائها الى الحاكم ولو ان الحاكم سمعه ينص عليه ولا يؤدي الشهادة عنده لم يكن له العمل بها فكذلك الناقل لها عنه (فرع) ومن سمع شاهدا يشهد على شهادة غيره ولم يشهده فقد قال ابن المواز لا يشهد على شهادته واحتج اليه بخلاف المقر على نفسه ويحتمل هذا عندي الخلاف الذي بين أصحاب مالك فيمن سمع رجلا شهد عند قاض بشهادة ثم مات القاضي أو عزل فقال أشهب في المواز يه لا ينقل الشهادة وقال مطرف في الواضحة ينقل ذلك اذا سمعه يؤديها عند ذلك الماضي وتكون شهادة على شهادة قال أصبغ لا يجوز ذلك حتى يشهده أو يشهد على قبول القاضي لتلك الشهادة (مسئلة) قال أصبغ لا يجوز ذلك وانما يصح نقل الشهادة عن الشاهد الغائب أو المريض الحاضر اذا كانت غيبة الشاهد بعيدة حكاه ابن المواز الا المرأة فانه ينقل شهادتها وان كانت حاضرة صحيحة رواه ابن حبيب عن مطرف قال ولم أر بالمدينة قط امرأة قامت بشهادتها عند الحاكم ولكنها تحمل عنها ووجه ذلك أن يلزمها من الستر عذر يسقط فرض الجمعة فأباح تحمل الشهادة عنها كالمرض (فرع) وأما الغيبة القريبة كاليومين والثلاثة ففي كتاب ابن المواز لا تنقل شهادته ووجه ذلك عندي أن يغيب عن مكانه اليومين والثلاثة وأما من كان بين موضعه وموضع القاضي مسيرة يومين أو ثلاثة فانه لا يلزمه أداؤها عند ذلك القاضي ويصح نقلها عنه وفي كتاب ابن سحنون عن أبيه اذا كان الشاهد على مثل ما تقصر فيه الصلاة الستين ميلا ونحوها لم يشخص الشهود من مثل ذلك ويشهد عنده من يأمر به القاضي في ذلك البلد ويكتب بما أشهدوا له به عنده الى القاضي قال ابن المواز انما ينقل عنهم الشهادة اذا ابعدت غيبتهم من يعرف الغيبة بعد مدة لا بأثر غيبتهم يريد والله أعلم انه بأثر غيبتهم على مسافة قريبة ولا يؤمن رجوعهم (فرع) وأما من كان على بريد أو بريدين فانه يؤدي شهادته عند الحاكم فان كان الشهود أغنياء يجدون نفقة وركوبا فقد قال سحنون لا يقوم لهم بذلك المشهود له فان فعل سقطت شهادتهم قال ابن حبيب عن مطرف وذلك اذا كان أمرا خفيفا فان كثر لم أجزه ووجه ذلك ما فيه من الرشوة والمنفعة التي لا تلزم المشهود له ويلزم الشاهد لما عليه من أداء الشهادة والقيام بها قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عز من قائل ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه فان لم يجد الشهود نفقة ولا مركوبا جاز للمشهود له أن يقوم بها ووجه ذلك انها مؤنة لا تلزم الشهود فلم تبطل شهادتهم تكليف المشهود له كسائر نفقاته وكذلك لو استنهض الشهود الى مسافة بعيدة ليعاينوا حدود أرض وصفتها فقد قال مطرف لا بأس أن يركبوا دواب المشهود له ويأكلوا طعامه وروى ابن سحنون عن أبيه من سؤال ابن حبيب في الشاهد يأتي من البادية يشهد لرجل فينزل عنده في ضيافته حتى يخرج لا ترد بذلك شهادته اذا كان عدلا وهذا خفيف يريد ان هذا أمر معتاد دون مكارمة مشروعة يتقارض فيها الناس ولعل هذا الأمر قد كان جرى بينهم قبل هذا

(فصل) ومما يتصل بالشهادة على الشهادة على خط الشاهد فالمشهور من قول مالك لا تجوز

الشهادة على خط الشاهد رواه محمد بن المواز واختاره وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك في العتبية والموازية تجوز الشهادة على خطه ولا يجزئ من ذلك أقل من شهادة شاهدين ويحلف الطالب ويستحق حقه وقاله سحنون وقال أصبغ الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت قوية في الحكم بها واحتج ابن المواز للمنع من ذلك بان الشهادة على خط الشاهد بمنزلة أن يسمعه ينص شهادته تلك ولا يسوغ نقل الشهادة عنه (فرع) فاذا قلنا بجواز الشهادة على خط الشاهد فقد قال مطرف وابن الماجشون انما تجوز في الأموال خاصة حيث يجوز اليمين مع الشاهد فقد قال مطرف وابن الماجشون انما تجوز في الأموال خاصة حيث يجوز اليمين مع الشاهد قاله أصبغ ووجه ذلك انها شهادة مختلف في صحتها ناقصة الرتبة كاليمين مع الشاهد (مسئلة) وأما الشهادة على خط المقر فقد قال ابن المواز لم يختلف قول مالك في الشهادة على خط المقر قال وهو بمنزلة أن يسمع المقر ينص اقراره فتصح الشهادة عليه وان لم يأذن في ذلك وقال الشيخ أبو القاسم فيها روايتان احداهما الجواز والأخرى المنع ووجه المنع ماقاله ابن عبد الحكم لا أرى أن يقضي بالشهادة على الخط بما أحدث الناس من الضرب على الخطوط وقد كان فيما مضى يجيزون الشهادة على طابع القاضي ورأى مالك أن لا تجوز (فرع) فاذا قلنا بالشهادة على خط المقر فهل تلزمه اليمين مع هذه الشهادة قال الشيخ أبو القاسم فيها روايتان احداهما يحكم له بمجرد الشهادة والثانية لا يحكم له حتى يحلف فيستحق حقه ووجه القول الأول أنها شهادة كاملة تتناول الاقرار كالشهادة على لفظ المقر (فرع) فاذا قلنا بالشهادة على خط المقر فلم يشهد له عليه الا شاهد واحد فقد قال الشيخ أبو القاسم فيه روايتان احداهما يحكم له بالشاهد واليمين والثانية لا يحكم له بذلك وجه الرواية الاولى انها شهادة على ما يثبت به اقرار المقر بالمال فأشبهت لفظ الشهادة ووجه الرواية الثانية انها شهادة لا تتناول المال وانما تتناول معنى يجر اليه كالشهادة على الوكالة في المال والشهادة على الشهادة

(الباب الثاني في نقل الشهادة عن غير معينين)

أما نقل الشهادة عن غير معينين وهي الشهادة على السماع فهي جائزة عند مالك وهي مختصة بما تقادم زمنه تقادما يبيد فيه الشهود وتنسى فيه الشهادات قال القاضي أبو محمد وتختص بما لا يتغير حاله ولا ينتقل الموت فيه كالموت والنسب والوقف المحرم فأما الموت فانما يشهد فيه على السماع فيما بعد من البلاد وأما ما قرب من البلاد أو الشهادة ببلد الموت فانما هو شهادة على البت والقطع وما تقرر من العلم وان كان سبب هذه الشهادات السماع الا أن لفظ شهادة السماع انما ينطلق عند الفقهاء على ما يقع به العلم للشاهد ولذلك لا يؤدي شهادته على انه سمع سماعا فاشيا ما ينصه من شهادته وأما اذا تواتر الخبر حتى وقع له العلم فانما يشهد على علمه فيقول أشهد أن فلانا مات وان فلانا ابنه يرثه فلا يطلقون على هذا النوع شهادة سماع (مسئلة) وأما الشهادة على السماع في النسب والولاء فقد قال ابن المواز اختلف قول مالك في شهادة السماع في النسب والولاء فأكثر قول مالك وابن القاسم انه يقضي له بالولاء والنسب وفي العتبية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم يقضي له بالميراث ولا يجر بذلك ولاء ولا يثبت له نسب الا أن يكون أمرا انتشر مثل أن يقول أشهد أن نافعا مولى ابن عمر فمثل هذا يجر به الولاء والنسب يريد اذا بلغ من التواتر بحيث يقع به العلم فيشهد على علمه ولا يضيف شهادته الى السماع وفي آخر المسئلة قيل لابن القاسم أفنشهد انك ابن القاسم ولا نعرف أباك ولا انك

ابنه الا بالسماع قال نعم يقطع بهذه الشهادة و يثبت بها النسب و يبين ذلك ما قاله سحنون فى كتاب ابنه لا يجوز على النسب الا الشهادة على شهادة أو من جهة تواتر الخبر ان هذا فلان بن فلان مثل سالم بن عبد الله وسعيد بن المسيب فيثبت بهذا ان الشهادة على السماع غير الشهادة بالعلم الواقع بالخبر المتواتر وقال القاضى أبو محمد فى معونته ان الشهادة على السماع من معنى الخبر المتواتر ولعله أراد أن ما بينهما من جنس واحد فى السماع من عدد غير محصور لأنه قال يقول الشاهد فى أداء الشهادة لم أزل أسمع أن فلان بن فلان غير انه لم يشترط أهل العدل فمن سمع منهم فلم تختص المسئلة على مذاهب شيوخنا والله أعلم (فرع) واذا شهد للمرأة بضرر زوجها ففى العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم أن ذلك جائز بالسماع من الاهل والجيران وقد تقدم ذكر ذلك فى الخلع وفى النوادر عن حسين بن عاصم قال ابن القاسم لا تجوز شهادة السماع الا عن العدول الا فى الرضاع فيجوز أن يشهد العدول عن لفيف القرابة والاهل والجيران وان لم يكونوا عدولا كالنساء والخدم فهذا أيضا يحتاج الى تأمل ونظر وهو يحتمل وجهين أحدهما أن يشهد بذلك رجلان فيجب أن يشهدا بعلمهما على ما تقرر عندهما من الخبر المتواتر الذى لا يراعى فيه عدالة ولا اسلام والوجه الثانى أن يريد بذلك شهادة النساء على فشو هذا المعنى مع شهادة امرأتين على الرضاع وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) وقد تقدم الكلام فى شهادة السماع بالولاء والمواريث وقد تقدم من ذكر القاضى أبى محمد ان ذلك فيما لا ينتقل كالولاء والنسب والوقف المؤبد وذكر فى شهادة السماع بالنكاح قولين قال فوجه قوله فى النكاح انه يقبل فيه انه ثابت لا يتغير اذا مات أحد الزوجين فأشبه الولاء والوقف المؤبد ووجه قوله لا يقبل فيه ان أصله غير مستقر بدليل جواز التنقل فيه فكان كالشهادة على الاملاك والذى تقدم من قول مالك ان شهادة السماع يقطع بها فى الولاء والنسب والصدقات التى طال زمنها والصدقات تكون على غير وجه الوقف وفى كتاب ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك تجوز شهادة السماع فيما تقادم عهده من الاشربة والحيازات والصدقات والاحباس وشبه ذلك وهو الذى ذكره ابن القاسم عن مالك فى المدونة وجه ذلك انها أمور تتقادم ويبيد شهودها فصحت الشهادة فيها على السماع كالاحباس ولابن القاسم فى الموازية وغيرها فى غائب قدم أقام بينة على دار انها لأبيه أو جده وأثبت المواريث فأتى من هذه فى يده ببينة على السماع انهم لم يزالوا يسمعون هم أو من نقلوا عنه من العدول انها الأب الحائز أو لجده بشراء من أب القائم أو جده أو بصدقة ما خرجت عن ملكه حتى مات وورثها ورثته ويذكرون ورثة كل ميت انه يقضى بشهادة السماع ويكون أحق بها فان قالوا نعلم انها بيد أبيه أو جده لا يعلمون بماذا لم تتم الشهادة وقاله مالك وأشهب (فرع) وأما النكاح ففى العتبية عن سحنون قال جل أصحابنا يقولون فى النكاح اذا انتشر خبره فى الجيران ان فلانا تزوج فلانة وسمع الزفاف فله أن يشهد أن فلانة زوجة فلان زاد محمد بن عبد الحكم ولم يحضر النكاح وكذلك فى الموت يسمع النياحة وربما لم يشهد الجنازة فاذا كثر القول بذلك فيشهدان فلانا مات ولم يحضر الموت وكذلك النسب وكذلك القاضى يولى المصر ولا يحضر ولايته الا بما يسمع من الناس وربما رآه يقضى بين الناس فليشهد انه كان قاضيا وقد يجوز أن يشهد قوم على امرأة انها زوجة فلان اذا كان يحوزها بالنكاح وان كان تزويجه اياها قبل ان يولد الشهود فهذه الشهادة أدخلها شيخنا فى باب الشهادة على السماع لما كان السماع سببها وانما هى شهادة بالعلم ولذلك لا يضيفها الشاهد الى سماعه وانما هى شهادة بالعلم يضيفها الى علمه (فرع) اذا

ثبت ذلك فمن شرط شهادة السماع أن يقولوا سمعنا سماعا فاشيا من أهل العدل وغيرهم قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا تصح شهادة السماع حتى يقول من أهل العلم وغيرهم وقال ابن المواز قالا ولا يسموا من سمعوا منه فان سموا خرجت عن شهادة السماع الى الشهادة على الشهادة وقاله ابن القاسم وأصبغ (فرع) ويجزئ في الشهادة على السماع رجلان وما كثر أحب الينا قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك قال ابن القاسم في المجموعة اذا شهد رجلان على السماع وفي القبيل مائة من أنسابهم لا يعرفون شيأ من ذلك فلا تقبل شهادتهم الا بأمر يفشو ويكون عليه أكثر من اثنين الا أن يكونا شيخين قديمين قد باد جيلهما فتجوز شهادتهما (فرع) واذا قلنا ان شهادة السماع تختص بما تقادم من الزمان فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون تجوز في الخمس عشرة سنة ونحوها التقاصر أعمار الناس قاله أصبغ وقال ابن القاسم عن مالك لا تقبل في الخمس عشرة سنة شهادة على السماع الا فيما تقادم

(فصل) وأما قوله ولا ظنين فروى ابن مزين عن يحيى بن سعيد انه المتهم الذي يظن به غير الصلاح وقال ابن كنانة في المجموعة هو المتهم فكل من اتهم في شهادته بميل لم يحكم بها وان كان مبرزا في العدالة الا أن التهمة التي يتعلق بها رد الشهادة على قسمين أحدهما لجر المال والثاني لدفع المعرة أما القسم الاول في جر المال فانه على ضربين أحدهما أن يشهد لنفسه أو لغيره ممن يرغب في كثرة ماله والضرب الثاني أن يشهد لمن يناله معروفه فأما من يشهد لنفسه فلا يخلو أن تكون الشهادة له خاصة أو له ولغيره فان كانت الشهادة له خاصة فهذا لا خلاف في أن شهادته غير جائزة لان شهادته لنفسه هي مجرد الدعوى ولا خلاف أنه لا يحكم أحد بدعواه (مسئلة) وأما ان شهد في حق مشترك بينه وبين آخر فقال ابن وهب عن مالك في رجلين لهما مال على رجل فشهد أحدهما بنصف المال لصاحبه ان شهادته مردودة ووجه ذلك أنه اذا كان المال بينهما مشتركا فان النصف الذي لشريكه غير متعين ولو قبضه شريكه لساهمه فيه فقد عاد الأمر الى أنه شهد لنفسه فان اقتسما الحق قبل الشهادة جازت شهادته لان ما شهد به ليس له فيه حق (مسئلة) ولو شهد شهادة له فيها حق فلا يخلو أن تكون وصية أو غير وصية فان كانت وصية وكان له فيها مال كثير لم تجز شهادته له ولا لغيره وان كان يسيرا فعن مالك في ذلك ثلاث روايات احداها لا يجوز له ولا لغيره وبهذا قال ابن عبد الحكم والثانية لا يجوز له ويجوز لغيره وبهذا قال ابن الماجشون والثالثة وهي رواية المدونة يجوز له ولغيره وبهذا قال مطرف وجه الرواية الأولى انه شهد له بحق له فيه حظ فلم تقبل شهادته كسائر الحقوق من غير الوصية ووجه الرواية الثانية ان التهمة انما تختص به ولا تهمة في شهادته لغيره فتبطل شهادته له وتصح لغيره ووجه الرواية الثالثة أن كل شهادة لم تبطل بعضها تهمة فانه لا يبطل جميعها كما لو كانت الشهادة لغيره دونه (فرع) فاذا قلنا بجوازها في القليل فكم القليل الذي يجوز فيه ففي الموازية عن مالك في شاهدين أوصى اليهما رجل وأشهدهما في ثلثه ان ثلثه للمساكين وثلثه لجيرانه وثلثه لهما هذا يسير ويجوز لهما ولغيرهما قال محمد معناه ان كان المال كثيرا مما له بال فلا يجوز له ولا لغيره (مسئلة) فان شهد في غير وصية لحق له ولغيره فالمشهور من مذهبنا لا يجوز له ولا لغيره وفي كتاب ابن المواز من شهد بشهادة له فيها حق ولغيره لم تجز شهادته الا أن يكون الذي له يسير جدا وكذلك لم يتهم عليه فاذا قلنا بالرواية الأولى فالفرق بين هذا وبين الوصية اذا أجزناها ان المتوفى متيقن انتقاله عن ملكه ولا يدخل في ملك الورثة الا بعد سلامته من الوصية ووقت

انتقاله الى الورثة والى الموصى له به واحد وهو وقت وفاته فلم تتناول الوصية اخراج شئ عن ملك متقرر وانما تناولت توجهه الى جهة مستحقه بعد زوال الملك عنه وليس كذلك الدين فانما شهد به في حال الحياة وتقرر ملك المشهود عليه فجاز أن يؤثر في الوصية بالمال مالا يؤثر في الدين لضعف حال الملك المستحق عليه الوصية وقوته في الدين ولذلك لو شهد على ميت انه أوصى لغير معينين لحكم الورثة ولو شهد على حي انه وهب ماله لغير معينين لما حكم عليه (مسئلة) وأما من يرغب في كثرة ماله فان ذلك يكون على وجهين أحدهما أن يرغب في كثرة ماله للشفقة والقرابة والوجه الثاني لما يختص بالشاهد من المنفعة فأما الوجه الأول فكشهادة الآباء للابناء والأبناء للآباء وروى ابن نافع عن مالك في المجموعة انه قال ويدخل في قول عمر لاتجوز شهادة خصم ولا ظنين شهادة الأبوين للولد وأحد الزوجين للآخر وهذا مذهب علماء الأمصار وروى عن من لايعتد بخلافه تجوز شهادة الآباء للابناء والأبناء للآباء والدليل على مانقوله حديث عمر هذا وقد اتفق العلماء على تصحيحه والأخذ به ولا نعلم بتهمة أقوى من كلف الآباء بالابناء ومحبة الأبناء في الآباء ولان الانسان انما ترد شهادته لنفسه للتهمة ومن الناس من تكون محبته لبنيه تربو على محبته لنفسه أو تقاربها فيجب أن لاتجوز شهادته اه وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون انه لاتجوز شهادة ابن الملاعنة لمن نفاه ووجه ذلك انه يتهم على أنه يريد استمالته ليستلحقه والله أعلم (مسئلة) وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك قال الذى لاتجوز شهادتهم من ذى القرابة الأبوان والجد والجدة والولد وولد الولد من ذكور واناث وأحد الزوجين للآخر وتجوز شهادة من وراء هؤلاء من القرابات وهذا يقتضي جواز شهادة الأخ لاخيه وابن أخيه وهي رواية ابن القاسم في المدونة وقال غيره من أصحابنا لاتجوز على الاطلاق وانما يجوز على شرط واختلف أصحابنا في الشرط ففي كتاب ابن المواز لاتجوز شهادته له الا أن يكون مبرزا وقيل يجوز اذا لم تنله صلته وقال أشهب يجوز في اليسير دون الكثير الا أن يكون مبرزا فيجوز في الكثير ووجه ذلك أن قرابة الأبوة والبنوة آكد والتهمة فيهم أقوى وجرت العادة ببسط هؤلاء في مال بعض وكذلك الزوجة فان الزوج ينفق على الزوجة وينبسط في مالها والأخوة لاتبلغ ذلك المبلغ ولا يخلو في الأغلب من الاشفاق والحرص على الغنى فلذلك روعى في الاخوة أحد الشروط المذكورة والله أعلم وأحكم وفي الموازية والمجموعة لاتجوز شهادة القرابة والموالى في الرباع التي يتهمون بجرها اليهم أو الى بنيهم اليوم أو بعده مثل حبس مرجعه اليهم أو الى بنيهم قاله ابن القاسم والله أعلم (مسئلة) ولاتجوز شهادة الرجل لابن امرأته ولا لابيها وكذلك المرأة لابن زوجها قاله ابن القاسم وكذلك شهادة الرجل لزوج ابنته ولا لزوجة ابنه رواه عيسى عن ابن القاسم وقال سحنون ذلك جائز ووجه قول ابن القاسم ان من لاتجوز شهادتك له فلا تجوز شهادتك لمن لاتجوز شهادته لك لان التهمة قوية في منافعه ووجه قول سحنون ما احتج به من ان من كان وفره وفر الشاهد وغناه غنى له ردت شهادته له لان التهمة قوية في منافعه وأما من ليس غناه غنى للشاهد فان شهادته له جائزة

(فصل) وأما من يرغب في غناه لمنفعته فالزوج والزوجة والأب يجب على ابنه الانفاق عليه أو أجير ينفق عليه لان من نفقته عليه اذا شهد له جر الى نفسه بذلك نفعا والزوجة تنبسط في مال زوجها فتجر الى نفسها بذلك نفعا

(فصل) وأما الضرب الثاني وهو أن يشهد لمن يناله منه معروف فان ذلك على وجهين أحدهما أن

يكون المعروف متكررا معتادا والوجه الثانى أن يكون المعروف متعينا فأما المعروف المعتاد فان اقترنت به القرابة كالأخ يكون فى عيال أخيه أو تحت نفقته أو يتكرر عليه معروفه فهذه تهمة توجب رد شهادته له وأما الصديق الملاطف الذى يناله معروف من يشهد له فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما ان شهادته له مقبولة والثانية انها مردودة فان قلنا انها مقبولة فالفرق بينه وبين الأخ ان المعروف يقترن بالاخوة والقرابة فتقوى التهمة وفى مسئلتنا انما هى بمجرد المعروف ولا يمنع ذلك قبول الشهادة لان الغنى وذا المعروف لو لم تقبل له الا شهادة من لا يناله معروفه لردت له شهادات أكثر الناس ولاقتضى ذلك منعه معروفه ووجه الرواية الثانية ان هذا ممن يناله معروفه ويتكرر عليه فلم يقبل له شهادة كالأخ (مسئلة) وأما المعروف المعين فعلى ضربين أحدهما أن يكون مستداما والثانى أن يختص بوقت الشهادة فأما المستدام فكشهادة العامل لرب المال قال سحنون فى العتبية وغيرها ان كان شغل المال فى سلع فشهادته له مقبولة وان كان عينا فشهادته مردودة وروى عبد الملك عن الحسن عن ابن وهب فى العتبية ان كان عينا فشهادته مقبولة وان كان معدوما فشهادته مردودة ووجه قول سحنون انه اذا شغل المال لم يكن لصاحبه أخذه منه فارتفعت التهمة وما يتوقع من أخذه من يده فى المستقبل ضعيف فى التهمة لبعد الأمد وعدمه ووجه قول ابن وهب ان كون المال بيد العامل وجه لكسبه فيتهم فى شهادته ان كان محتاجا الى بقائه بيده لفقده وبعد التهمة مع غناه لاستغنائه عن ماله (مسئلة) فان كان المشهود له على الشاهد دين فقد قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون ان كان غنيا قبلت شهادته وان كان فقيرا ردت شهادته زاد مطرف وابن الماجشون لانه كالأسير فى يده فان كان الدين حالا أو قد قرب محله فهذا حكمه وان كان الى أجل بعيد فيجىء على مذهب سحنون ان شهادته له جائزة وعلى قول ابن وهب ان شهادته مردودة * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى الغنى عندى فى هذه المسئلة أن لا يستضر بازالة هذا المال عنه فأما ان كان عنده وفاء به ولا مال له غيره فانه فقير ترد شهادته لان الضرر العظيم يلحقه بتعجيل قبض الدين منه وله منفعة عظيمة فى تأخيره به فكان ذلك يشبه قوته فى رد شهادته

(فصل) وأما ما يختص بوقت الشهادة فان يقصد حين أداء الشهادة الى أن يعطيه أو يصله أو يهبه أو يحابيه فى بيع أو شراء قال هذا كله يوجب رد الشهادة للقريب والبعيد وبالله التوفيق

(فصل) وأما القسم الثانى من التهمة لدفع المعرة فمثل أن يعدل الرجل ابنه أو أباه فهذا اذا لم يكن فى نقل الشهادة فلا خلاف ان التعديل غير مقبول لانه مستجلب بشهادته الجاه والرفعة وأما ان كان فى نقل شهادة فقد قال ابن الماجشون فى الواضحة والمجموعة ان كان مقصوده نقل شهادة ولو ابتغى تعديله من غير هذا الناقل لوجد ذلك فان التعديل مقبول وان كان يتعذر من غير هذا الوجه فالتعديل مردود وقال سحنون ومطرف لا يجوز تعديله له بوجه ووجه قول ابن الماجشون ان هذا التعديل انما حقيقته الاعلام بخبره فاذا كان مشهورا بالصلاح والخير يزكى من غير وجه فلا تهمة تلحق فى ذلك ووجه قول سحنون ان تعديل الأب ابنه لا يجوز لانه لا يجوز أن يشهد له بيسير المال وما يوجد تعديه من الجاه والرفعة أكثر من المال فبان لا تجوز شهادته له به فشهادته له أولى (مسئلة) وأما تعديل الأخ لأخيه الذى تقبل شهادته له فى المال فقال ابن القاسم يجوز تعديله وهو فى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن أشهب تعديله مردود ووجه القول الأول ما أشار اليه من ان من جازت شهادته له فى المال جاز تعديله له كالأجنبى وجه الرواية الثانية ان تعديله به شرف وجاه يتعدى اليه بخلاف

المال الذى هو مقصور على مالكه

﴿ القضاء فى شهادة المحدود ﴾

ص ﴿ قال يحيى عن مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار وغيره انهم سئلوا عن رجل جلد الحد أتجوز شهادته فقالوا نعم اذا ظهرت منه التوبة * مالك انه سمع ابن شهاب يسئل عن ذلك فقال مثل ماقال سليمان بن يسار * قال مالك وذلك الأمر عندنا وذلك لقول الله تبارك وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم * قال مالك فالأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان الذى يجلد الحد ثم تاب وأصلح تجوز شهادته وهو أحب ماسمعت الى فى ذلك ﴾ ش قوله انهم سئلوا عن رجل جلد الحد تجوز شهادته لفظ عام فى الحدود التى يجلد فيها من الزنا وشرب الخمر والقذف الا ان ايراده ههنا يحتمل وجهين أحدهما أن يريد به حمله على عمومه ثم يستدل على نوع منه بالنص وهو فى حد القذف فيجعله أصلا لجميع الجنس والثانى أن يريد القذف وحده ويقصد بيان حكمه بالآية التى أوردها لانها خاصة فى حد القذف وكل مايوجب الجلد حدا يوجب التفسيق ويترتب عليه رد الشهادة لان الفسق ينافى قبول الشهادة قال الله تعالى ياأيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على مافعلتم نادمين والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون فكل من قذف المحصنات ولم يثبت ماقذف به وجب عليه حد ذلك القذف ووجب رد شهادته به والحكم بفسقه فى الظاهر الينا والله أعلم بحاله فقد يكون صادقا فى قذفه أو مشتبها عليه فى أمره (مسئلة) ومتى يحكم برد شهادته اختلف أصحابنا فى ذلك فقال ابن القاسم وأشهب وسحنون من المجموعة وكتاب ابن سحنون لاترد شهادته حتى يجلد وقال عبد الملك فى الكتابين ترد شهادته ان عجز عن اثبات ماادعاه وحق عليه القذف ولو تاب بعد ذلك لقبلت شهادته قبل الجلد وبعده وجه قول ابن القاسم انه انما يتم الحكم عليه بكونه قاذفا بان يكمل الجلد فأما قبل ذلك فلو أقر المقذوف وثبت عليه ماقذفه به لسقط الجلد لان طريقه النكال ويخرج بذلك عن أن يكون قاذفا وذلك يمنع التفسيق به ووجه قول ابن الماجشون أن الحكم عليه بذلك يتم بعجزه عن اثبات ماقذف به والحد بعد ذلك تطهير له فلا يتعلق به رد الشهادة كالكفارة (مسئلة) وأما مايوجب النكال والتعزير دون الحد فقال ابن كنانة فى المجموعة فيمن كانت حاله حسنة فوجب عليه نكال الشتم أو نحوه فلا ترد بذلك شهادته وأما من ليس بمشهور العدالة الا انه مقبول وأتى بالأمر العظيم مما فيه النكال الشديد فلينظر فى هذا وانما يعرف هذا عند نزوله ومعنى ذلك ان منه ماترد به الشهادة ومنه مالاترد به الشهادة فينظر فى ذلك عند وقوعه على قدر الشاتم وقدر ماأتى به وعلى حسب ذلك يعمل فى رد شهادته وامضائها وبالله التوفيق

(فصل) وقوله ان الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان الذى جلد جلد الحد ثم تاب وأصلح حاله تجوز شهادته يريد ان ذلك مذهب أهل المدينة ان من جلد فى حد وجب عليه من قذف أو غيره ثم تاب وأصلح تجوز شهادته ولا يمنع من ذلك ماتقدم من جلد الحد وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لاتقبل شهادته أبدا والدليل على صحة مانقوله مااحتج به من الآية وهو قوله تعالى والذين يرمون المحصنات

﴿ القضاء فى شهادة المحدود ﴾

* قال يحيى عن مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار وغيره انهم سئلوا عن رجل جلد الحد أتجوز شهادته فقالوا نعم اذا ظهرت منه التوبة * وحدثنى مالك انه سمع ابن شهاب يسأل عن ذلك فقال مثل ماقال سليمان بن يسار * قال مالك وذلك الأمر عندنا وذلك لقول الله تبارك وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم * قال مالك فالأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان الذى يجلد الحد ثم تاب وأصلح تجوز شهادته وهو أحب ما سمعت الى فى ذلك

ثم لم يأتوا بأربعة شهداء الى رحيم فاستثنى من تاب بعد ذلك وذلك يقتضي ان من تاب فان هذه الأحكام كلها ترفع عنه الا ما خصه الدليل لان الاستثناء متعقب لجميعها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان من أهل الفسق فيعرف صلاح حاله بالاقلاع عن حال الفسق والتزام أحوال العدالة فان كان من أهل العدل والصلاح فالتزيد فيه حتى يعرف زيادة صلاح حاله قال ابن كنانة في المجموعة اذا كان يعرف بالصلاح فعرفة ظهور التزيد تطول وليس لمن كان معلنا بالسوء لان من عرف بالخير لا يتبين مزيده فيه الا بالتزداد فيه وقال مالك في المدونة وقد كان ههنا عمر بن عبد العزيز وكان رجلا صالحا فلما ولي الخلافة ازداد خيرا وصلاحا (مسئلة) وليس من شرط توبته ولا مؤثرا في قبول شهادته رجوعه عن قذفه وانما يعتبر في ذلك بصلاح حاله رواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة قال ولا يقول له الامام تب ولو قال تبت لم ينفعه ذلك ولو قال لا أتوب لم يضره ذلك لان قول الانسان تبت لا يقبل منه ولا ينقله عن حالة الفسق حتى يظهر من أفعاله ما يستدل به على ذلك وقال الشافعي توبته تكذيبه نفسه وبلغني عن القاضي أبي الحسن نحوه وجه قول مالك أن هذه توبة من ذنب فكانت بالاستغفار والعمل الصالح كسائر الذنوب ووجه القول الثاني ان المعصية اذا كانت بالأقوال فان التوبة منها بالقول وتكذيب نفسه كالردة لما كانت قولا كانت التوبة منها بتكذيب قوله المتقدم (فرع) اذا ثبت ذلك ففي أي شئ تقبل شهادته روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك تقبل شهادته في كل شئ الا في القذف وقال ابن كنانة في المجموعة من حد في قذف أو زنى قبلت شهادته في القذف والزنا وغيره وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجه القول الاول ما طبع عليه الخلق ان من كانت به وصمة أو تورط في أمر حرص أن يلحق ذلك بغيره من الناس ليساووه وينفي عنه معرة ذلك فيهم أن يشهد على غيره بما وافقه ليساويه ووجه القول الثاني ان حكمنا بعدالته ينفي مثل هذه التهمة عنه فاذا قبلنا شهادته في غير ذلك من الحدود وجب أن نقبل شهادته في القذف وبالله التوفيق

﴿ القضاء باليمين مع الشاهد ﴾

ص ﴿ مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد * مالك عن أبي الزناد ان عمر بن عبد العزيز كتب الى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة أن اقض باليمين مع الشاهد * مالك انه بلغه أن أبا سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار سئلا هل يقضى باليمين مع الشاهد فقالا نعم ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد يحتمل والله أعلم معنيين أحدهما انه لصحة ذلك والثاني انه أنفذ القضاء بهما فيما شهد به الشاهد استحلف المدعي وقضى له به وعلى هذا عمل الحجاز وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز القضاء باليمين مع الشاهد والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد وهذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه وقال أبو عبد الرحمن النسوي هذا اسناد جيد فان قيل يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم انما حكم في ذلك بشهادة خزيمة بن ثابت الذي جعل النبي صلى الله عليه وسلم شهادته وحده شهادة اثنين ولذلك سمي ذا الشهادتين فالجواب انه لا يصح هذا لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل شهادته لغيره كشهادة اثنين وهذا اذا ثبت حكم اختص بالنبي صلى الله عليه وسلم كما اختص في أن يكون الحاكم ويده مع البينات فيما ادعى عليه يبين ذلك ان ما يشيرون اليه لم يشهد فيه خزيمة بن ثابت للنبي

﴿ القضاء باليمين مع الشاهد ﴾

* قال يحيى قال مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد * وعن مالك عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كتب الى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة أن اقض باليمين مع الشاهد * وحدثني مالك انه بلغه ان أبا سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار سئلا هل يقضى باليمين مع الشاهد فقالا نعم

صلى الله عليه وسلم بأمر شاهده وانما شهد له بما سمع منه لعلمه بصدقه وهذا لا خلاف فى أنه لا يتعدى الى غير النبى صلى الله عليه وسلم ولان من يخالفنا فى هذه المسئلة لا يقول ان النبى صلى الله عليه وسلم حلف مع شاهد خزيمة بن ثابت وجواب ثان وهو انا لو سلمنا أن شهادة خزيمة تتعدى الى غير النبى صلى الله عليه وسلم لم يجز أن يقال انه المراد بالحديث الذى احتججنا به لانه ان كان النبى صلى الله عليه وسلم جعل شهادته شهادة شاهدين فلا معنى لليمين وحديثنا يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد وان كان جعل شهادته لغيره من المسلمين شهادة رجل واحد فهو كغيره من الشهود فان قيل يحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قضى بيمين المطلوب مع شهادة المدعى فبين بذلك ان الشاهد الواحد لا تأثير لشهادته فالجواب ان قوله قضى باليمين مع الشاهد يفيد كونهما مما قضى به وأن يكون قضى بكل واحد منهما ولو كان ما قلتموه لقال قضى باليمين مع وجود الشاهد أو قضى باليمين ورد شهادة الشاهد وجواب ثان وهو ان قوله باليمين مع الشاهد ظاهره انهما من جنبة واحدة وعلى ما تأولونه اليمين فى غير جنبة الشاهد فلا يقال فيها انها معه بل هى ناقضة له ومبطلة لشهادته فان قيل نحن نقول بموجب هذا فى موضع وهو ان يبيع رجل من رجل حيوانا فيدعى المشترى به عيبا ينكره البائع فان المشترى يلزمه أن يأتى بشاهد من أهل الخبر يشهد له بذلك فتقبل شهادته عندنا وحده فان ادعى البائع البيع بالبراءة ولم يكن له بذلك بينة حلف المشترى أنه ما اشترى على البراءة فيحكم له بالرد بشاهده مع يمينه فالجواب ان الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد وهذا ليس بشاهد وانما هو مخبر عن علمه وكذلك لو كانت من العيوب التى يستوى الناس فى علمها لم يقبل فى ذلك الا شاهدان وجواب ثان وهو ان الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد فى قضية واحدة وما زعمتموه قضيتان ثبت بالشاهد عندكم وجود العيب وثبت بيمين المشترى براءته مما ادعى عليه البائع من التزام البيع بالبراءة وهاتان قضيتان قضى فى احداهما بالشاهد ولم يتعلق اليمين بها وقضى فى الثانية باليمين ولم يشهد الشاهد بها ودليلنا من جهة القياس ان المدعى أحد المتداعيين فجاز أن تثبت اليمين فى جنبته ابتداء كالمدعى عليه (فصل) وما رواه عن عمر بن عبد العزيز وأبى سلمة وسليمان فى تصحيح القضاء باليمين مع الشاهد والأمر به اظهار لاتفاق علماء المدينة وأئمتهم وأعلامهم على الحكم بذلك والله أعلم ص ❊ قال مالك مضت السنة فى القضاء باليمين مع الشاهد الواحد يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه فان نكل وأبى أن يحلف أحلف المطلوب فان حلف سقط عنه ذلك الحق فان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه ❊ ش وهذا كما قال ان صاحب الحق يحلف مع الشاهد ويستحق حقه اذا كان ممن يقتطع الحقوق بيمينه وذلك ان المشهود له على ضربين معين وغير معين فان كان معينا فعلى ضربين غير مولى عليه ومولى فان كان غير مولى عليه فانه يحلف مع شاهده ويستحق حقه الذى شهد له به سواء كان مؤمنا أو كافرا حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى لانهم لما تساووا فى الملك والتصرف وجب أن يتساووا فى الاستحقاق (فرع) وأما المولى عليه فعلى ضربين صغير وكبير فان كان صغيرا وانفرد بالحق قبل شاهده واستحلف المشهود عليه وهذا المشهور من مذهب مالك وبه قال ابن القاسم ورواه مطرف وابن الماجشون عن مالك فى الواضحة وفى كتاب ابن المواز عن مالك وان كان وارث الميت صغيرا وقف له حقه حتى يحتلم فيحلف ولم يذكر اليمين وبهذا قال سحنون فى كتاب ابنه وجه القول الاول ان الصغير لما لم يكن من أهل اليمين ثبت اليمين فى جنبة المدعى عليه كما لو شهد الشاهد لغير معين ووجه القول الثانى انه معين يرجى أن يزول المانع له من اليمين فانتظر ذلك أصله المغمى عليه (مسئلة) فاذا قلنا يحلف المطلوب فاذا حلف أبقى الحق عنده سواء كان ثابتا فى الذمة أو معينا حتى يبلغ الصغير

❊ قال مالك مضت السنة فى القضاء باليمين مع الشاهد الواحد يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه فان نكل وأبى أن يحلف أحلف المطلوب فان حلف سقط عنه ذلك الحق فان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه

فيحلف مع شاهده فيستحق حقه مافي الذمة والمعين ان كان باقيا فان فات قيمته يوم الحكم به للصبي رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ ووجه ذلك ان الصغير لا يصح منه اليمين فيحلف المطلوب ويترك عنده الحق فاذا بلغ الصبي وصار ممن يحلف حلف مع شاهده لما أمكنه ذلك وأخذ حقه (فرع) فان نكل الصبي بعد ان بلغ فالمشهور من مذهب أصحابنا في الموازية والعتبية وغيرهما أنه لا يحلف المطلوب لان يمينه بذلك قد تقدمت وهذا مبني على أن يمين المطلوب يمين استحقاق بشرط أن لا يحلف المدعي فان حلف كانت أولى من هذه اليمين لتقدمها في الرتبة عليها وانما تقدمت هذه لضرورة توقف تلك وان لم يحلف المدعي صحت يمين المطلوب وصح الحكم له بها وكان يحتمل أن يقال ان يمين المطلوب لتوقيف الحق بيده خاصة لما تعذرت يمين الطالب التي يتعجل بها حقه فاذا حلف الطالب أخذ حقه بشاهده ويمينه فان نكل حلف المطلوب يمين الاستحقاق وقضى له وان لم يحلف قضي عليه بنكوله عن هذه اليمين لانه لو كانت يمينه أولا يمين استحقاق لوجب أن لا يبقى بعدها للمدعي يمين ولوجب اذا نكل عنها أن لا ينفذ القضاء عليه بنكوله ولا يحلف المدعي يمينا بعدها ولما كان اذا حلف بقي الحق بيده حتى يحلف المدعي فاذا رشد المدعي ونكل عن اليمين قضي بالحق للمطلوب وعلم أنها يمين ابقاء الحق فيجب اذا رشد ونكل الطالب أن يحلف المطلوب يمين الاستحقاق والله أعلم وهذا الأصل متنازع فيه (مسئلة) فان نكل المطلوب أولا غرم رواه ابن حبيب عن مطرف وابن كنانة وقاله ابن المواز فاذا بلغ الصغير فعليه اليمين فان حلف قضي له بحقه وان نكل فقد روى ابن حبيب عن مطرف انه ان نكل المولى عليه والصغير بعد الرشد والبلوغ رد الى المطلوب ونحوه رواه ابن كنانة ووجه ذلك انه لا يقضى له بشاهد واحد حتى يقترن به يمينه فان نكل لم يكن له شيء ولا ترد اليمين ثانية على المطلوب (مسئلة) ويحلف الصغير اذا كبر مع شاهده على البت وقال ابن المواز ولا يحلف حتى يعلم بالخبر الذي يتيقن له وفي كتاب ابن سحنون متصل بقول مالك انه يحلف كما يحلف الوارث على مالم يحضر ولم يعلم وهو لا يدري هل شهد له بحق أولا فيحلف معه على خبره ويصدقه كما جاز له أن يأخذ ما شهد له به الشاهد من مال أو غيره وهو لا يعلم ذلك الا بقولهما وظاهر هذا القول يقتضي أنه يحلف على ما شهد له به شاهده وان لم يتيقن ذلك والصحيح عندي وهو ظاهر قول مالك والمعلوم من مذهبه أنه لا يحلف حتى يقع له العلم بالخبر المتواتر سواء كان المخبر له عدلا أو غير عدل فحينئذ يحلف مع شاهده ان لم يبلغ هذا الحد امتنع من اليمين واستحلف المدعى عليه لانه لا يحل لأحد أن يحلف على مالا يستيقنه

(فصل) وصفة اليمين أن يحلف على حسب ما شهد به الشاهد فان شهد له الشاهد باقرار المدعى عليه لم يكن له أن يحلف ان له عليه كذا ولا انه غصبه كذا ولكن يحلف بالله لقد أقر له فلان بكذا قاله محمد ابن عبد الحكم فان كان المدعى عليه غائبا زاد في يمينه ان حقه عليه لباق وما عنده به رهن ولا وثيقة ثم يقضى له بذلك (مسئلة) وان كان المولى عليه كبيرا فان الذي في العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم انه يحلف مع شاهده بخلاف الصبي فان نكل حلف المطلوب وبرئ وان نكل غرم قال أصبغ كالعبد والذمي وروى ابن حبيب عن مطرف يحلف المطلوب ويؤخر السفيه فاذا رشد حلف مع شاهده ان شاء وقضى له وان أبى لم يكن له على المطلوب يمين وجه القول الأول ان هذا يلزمه الحدود والطلاق فكان له أن يحلف ويستحق حقه كالرشيد ووجه الرواية الثانية ان من لا يحلف في دفع حق عن نفسه فانه لا يحلف في استحقاقه كالصغير (فرع) فاذا قلنا يحلف المطلوب أولا ويبقى الحق عنده فان نكل أخذ منه الحق فاذا رشد السفيه حلف وقضى له وان نكل رد الى

المطلوب وكذلك الصبي وجه ذلك أن نكوله يضعف حقه و يوجب قبض المال منه لحق السفيه والصبي فاذا أمكنت ايمانهما برشد السفيه وكبر الصغير استحلفنا مع شاهدهما فان حلفنا انفذنا الحق لهما وان نكلا كان بمنزلة نكولهما أولا ورد الى المطلوب لان نكوله أولا نقل اليمين الى جنبة السفيه والصغير وكان ذلك بمنزلة أن تجب اليمين على المدعى عليه فينكل فيرد اليمين على المدعى فينكل بانه يقضى للمدعى عليه بالحق ولو روعى وجوب اليمين أولا على السفيه والصغير وان يمين المدعى عليه انما كانت لتأخير أخذ الحق منه الى أن يزول المانع من اليمين فيحلف الرشيد والكبير مع شاهدهما لوجب ان نكلا أن ترد اليمين على المطلوب فان حلف رد اليه الحق لان هذه اليمين هي اليمين التي تجب عليه بنكول الطالب مع شاهده وان نكل نفذ عليه الحكم بانه نكل عن يمين (فرع) فاذا قلنا يحلف السفيه مع شاهده حال سفهه فانه ان حلف قبض ما استحقه بيمينه الناظر له قال الشيخ أبو اسحق والاختيار أن يحلف و يقبض ما حلف عليه فاذا صار اليه قبضه منه من ينظر عليه لانه لا يستحق بيمينه شيأ الا من له قبضه (فرع) وان نكل حلف المطلوب و برئ ولا يمين على السفيه اذا رشد وكذلك البكر المولى عليها رواه سحنون عن ابن القاسم وقال ابن كنانة لها الرجوع الى اليمين وان كان الغريم قد حلف أولا وجه قول ابن القاسم ان من وجبت عليه يمين فنكل عنها وحكم باليمين على المطلوب لنكوله فانه لا يرجع عليها بيمين كالرشيد و وجه قول ابن كنانة ان السفيه محجور عليه لا يقبل اقراره ولا يجوز عليه فكذلك نكوله كالصغير

(فصل) وان كانت الشهادة لغير معينين ولا يحاط بعددهم مثل ان يشهد شاهد بصدقة لبني تميم أو للمساكين أو في سبيل الله فقد قال ابن القاسم وأشهب لا يحلف مع هذا الشاهد ولا يستحق بشهادته حق و وجه ذلك انه لا يتعين مستحق هذا الحق فيحلف معه لان كل من يحلف مع شاهده يجوز أن يخرج عن هذا الحق ويصرف الى غير ملكه وقبضه وانما يحلف في الحقوق من يستحق بيمينه الملك أو القبض ويطلب منه ان نكل (مسئلة) فان كان الحبس لغير معينين الا أنه يحاط بعددهم وأضيف اليهم من لا يحصى مثل ان يقول حبست هذا الملك على ولد زيد وعقبهم ففي كتاب ابن المواز الذي يقول أصحابنا ان كل حبس مسبل و معقب فلا يصلح فيه اليمين مع الشاهد وروى ابن الماجشون عن مالك اذا حلف الرجل منهم نفذت الصدقة لهم ولغيرهم وغائبهم ومولودهم ثم ذكر الشيخ أبو محمد بعد كلام في المجموعة أن ابن وهب ومطرفا وابن الماجشون رووا عن مالك انه يحلف مع أهل الصدقة رجل واحد مع الشاهد و يثبت حبساله ولجميع أهلها فالظاهر عندي أن هذه الاقوال انما هي فيمن ذكر بحصر عدده وقد قال المغيرة في المجموعة اذا كانت الشهادة لمعين وغير معين مثل أن يشهد الشاهد أن فلانا حبس على فلان وعلى عقبه فانه يحلف مع شاهده و يحق الحق له ولمن يأتي بعده بغير يمين (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان عدد الشهود وجنسهم يترتب على مراتب الحقوق وذلك على ستة أضرب فيثبت الزنى بأربعة شهداء والاصل في ذلك قوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة (فرع) وأما الشهادة على الشهادة فقد اختلف فيها العلماء فروى مطرف عن مالك في الواضحة لا يجزئ في ذلك الا ستة عشر رجلا أربعة على شهادة كل واحد وقال ابن الماجشون اذا شهد أربعة شهود على كل واحد من شهود الاصل جازت شهادتهم فان تفرقوا جاز أن ينقل شهادة كل واحد اثنان حتى يصير واثمانية وذكر القاضي أبو محمد ان في ذلك روايتين احداهما أن يشهد شاهدان على شهادة أربعة وقيل لا يكفي الا أربعة وانما الروايتان



القاسم ما أراه إلا وسيكون مع شهادتهما يمين قال ابن القاسم فى كتاب ابن سحنون لان شهادتهما على ما قال أصبغ عنه فى العتبية والقياس أن لا تجوز لان ذلك يصير نسبا قبل أن يصير مالا ويورث بأدنى المنزلتين الا أن يخاف أن لا يبقى الى أن يحضره الرجال فتجوز شهادتهما فيه وروى أشهب عن مالك فى كتاب ابن سحنون شهادتهما لا تجوز فى أنه ذكر وأخذ به أشهب قال سحنون القول قول أشهب لان الجسد لا يفوت والاستهلال يفوت قال سحنون الا أن تكون الولادة بموضع لا رجال فيه ويخاف على الجسد ان أخر دفنه فتجوز شهادة النساء حينئذ كما قال ابن القاسم (فرع) اذا شهد رجل وامرأة على استهلال الصبى لم تجز شهادتهما وبه قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وذلك لارتفاع الضرورة بحضور الرجال فتسقط شهادة المرأة ولا تتم الشهادة برجل واحد قال ابن حبيب وقد سمعت من أرضى من أهل العلم يجيز ذلك ورآه أقوى من شهادة امرأتين وهو أحب الى

(فصل) ويلحق بهذا فصل اختلف فيه هل هو من باب الشهادة أو من باب الفتوى والخبر كالقائف ففى العتبية عن سحنون لا يقضى بقائف واحد لانه يلحق به نسب ويكتب الى البلدان وينتظر أبدا حتى يضم اليه آخر وقاله ابن القاسم وابن نافع عن مالك وروى محمد بن خالد عن ابن القاسم ان شهادة القائف الواحد مقبولة ومعنى ذلك عندى ان من جعله من باب الشهادة لم يقبل فيه الا قول اثنين ممن تجوز شهادتهما بالنسب ومن جعله من باب الفتوى والخبر قبل فيه قول واحد ويلزم عندى على هذا أن يقبل فيه قول العبد والمرأة وهو الأظهر اذا سأله الحاكم الحكم عن علمه لذلك ومن ذلك الترجمة لقول الخصم اذا لم يفهمه الحاكم أو لم يفهم أحدهما فقد قال مطرف وابن الماجشون يجزئ الواحد العدل والاثنان أحب الى والمرأة العدلة تجزئه فى ذلك اذا كان مما تقبل فيه شهادة النساء قال سحنون فى كتاب ابنه لا تقبل ترجمة النساء ولا ترجمة رجل واحد وهذا يجرى على ما تقدم من اختلافهم فى أمر القائف غير أن اشتراط ابن الماجشون ومطرف فى قبول الترجمة من النساء أن يكون ذلك مما يقبل فيه شهادة النساء فيه نظر وذلك ان من عبر من أصحابنا عن ذلك بالشهادة وقد قبل فيه الرجل الواحد والمرأة فانما هو تجوز فى عبارة وقد قال مالك وأصحابه لا تقبل امرأة واحدة فى شئ من الأشياء واذا كان من باب الخبر والفتوى فيجب أن يقبل فيه قول المرأة الواحدة فى كل شئ وانما يعتبر فى ذلك العدالة كما يعتبر فى المفتى والراوى للحديث وأما عيوب النساء والعبيد وغير ذلك فقد قال ابن الماجشون فى الواضحة يأمر الحاكم من يثق بنظره وعلمه بالعيب أن ينظر اليه ويأخذ فيه بخبره وحده وبقول الطبيب وان كان غير مسلم إذ ليس من باب الشهادة ولكنه علم يؤخذ ممن يبصره من مرضى أو غير مرضى وهذا ما كان المختبر حاضرا فان غاب أو مات انتقل الى باب الشهادة عند ابن الماجشون فقال لا يقبل فيه الا شهادة رجلين قال فان كان مما لا يطلع عليه الرجال قبل فيه خبر امرأة واحدة فان غابت الأمة أو ماتت لم يقبل فى ذلك الا شهادة امرأتين والله أعلم وأحكم

(مسئلة) والضرب السادس ما لا تعتبر فيه العدالة وهو شهادة أهل الرفقة بالتوسم وشهادة الصبيان فيما لا يحضره غيرهم غالبا من الجراح والقتل قال الشيخ أبو القاسم لا تجوز شهادة النساء بعضهم على بعض فى المواضع التى لا يحضرها الرجال وقال بعض أصحابنا تجوز شهادتهن فى ذلك واعتبرها بشهادة الصبيان

(فصل) وقوله فان أبى أن يحلف سقط وأحلف المطلوب يريد ان اليمين تنتقل من جنبة من له أولا لنكوله عنها الى جنبته الاخرى فان ثبتت أولا فى جنبة المدعى لقوتها بشاهد يشهد له فنكل عنه انتقلت الى جنبة المدعى عليه وان ثبتت أولا فى جنبة المدعى عليه فنكل انتقلت الى جنبة المدعى

(فصل) وقوله فان حلف سقط عنه الحق وان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه يريد ان اليمين اذا انتقلت الى جنبة المدعى عليه حين نكل المدعى عن اليمين مع شاهده فان المدعى عليه ان حلف سقطت عنه الدعوى لان يمينه انما هى لذلك وان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لان جنبته تضعف حينئذ بنكوله فلا ينتقل بمجرد الدعوى عليه الى اثبات الحق عليه وقال الشافعى لا يحكم بنكوله مع شاهد المدعى والدليل على صحة ماذهب اليه مالك ان النكول بسبب مؤثر فى الحكم فوجب أن يقضى به مع الشاهد كيمين المدعى ومعنى تأثيره ان اليمين تنتقل بنكول المدعى عليه الى جنبة المدعى فيحلف ويستحق ووجه آخر وهو ان من انتقلت اليه اليمين من خصمه فنكل عنها وجب القضاء عليه كاللذين لا بينة بينهما (مسئلة) فان نكل من شهد له الشاهد بحق فردت اليمين على المطلوب فحلف ثم وجد الطالب شاهدا آخر فروى ابن المواز انه لا يضم له الى الاول ورواه يحيى بن يحيى وابن سحنون عن ابن القاسم وروى ابن حبيب عن ابن عبد الحكم وابن الماجشون عن مالك أنه يضم له الى الاول ويقضى له به قال ابن كنانة هذا وهم وقد كان يقول لا يضم الى الاول وانما هو فى المرأة تقيم شاهدا على طلاق فيحلف الزوج ثم تجد شاهدا آخر أنه لا يضم الى الأول لانه لم يوجد منها نكول وقاله ابن الماجشون وقال أصبغ بقول مالك يضاف له الشاهد الثانى الى الاول فى الحقوق كما لو لم يقم شاهدا فيحلف المطلوب ثم يصيب الطالب بينته انه يقوم بها * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى ان هذه المسئلة مبنية على المسئلة التى احتج بها أصبغ والخلاف فيها كالخلاف فى هذه (فرع) فاذا قلنا لا يضم الشاهد الثانى الى الاول ففى كتاب ابن المواز يؤتنف له الحكم فيحلف مع شاهده وقال ابن كنانة لا يحلف مع الشاهد الثانى لانه ترك حقه بالنكول ونحوه روى يحيى بن يحيى وابن سحنون عن ابن القاسم فاذا قلنا يحلف فنكل ثانية ففى الموازية ترد اليمين ثانية على المطلوب لان اليمين الاول انما سقط بها شهادة الشاهد الاول وقال ابن ميسر لا ترد اليمين على المطلوب ثانية لانه قد حلف على الحق مرة (مسئلة) ويقضى باليمين مع شهادة امرأتين خلافا للشافعى والدليل على ما نقوله ان شهادة المرأتين شهادة قبلت فى الشرع مع شهادة رجل فجاز أن يقضى بها مع اليمين ص * قال مالك وانما يكون ذلك فى الأموال خاصة ولا يقع ذلك فى شئ من الحدود ولا فى نكاح ولا فى طلاق ولا فى عتاقة ولا فى سرقة ولا فى فرية * فان قال قائل فان العتاقة من الأموال فقد أخطأ ليس ذلك على ما قال ولو كان ذلك على ما قال لحلف العبد مع شاهده اذا جاء بشاهد أن سيده أعتقه وأن العبد اذا جاء بشاهد على مال من الأموال ادعاه حلف مع شاهده واستحق حقه كما يحلف الحر * ش قوله وانما يكون ذلك فى الأموال خاصة قال سحنون فى كتاب ابنه يقضى باليمين مع الشاهد فى المال المعين وغير المعين بما ثبت فى الذمة قال ابن وهب عن مالك فى الأموال الجسمية من الذهب والورق والحائط والرقيق قال ابن سحنون عن أبيه وفى الغصب والبيع والهبة وأرش الجنايات مما تحمله العاقلة وما لا تحمله وفى ابراء من هو عليه ومصالحته وقبضه وفى التبرى من عيب الرقيق واقرار من يشهد به شاهدان بمال انهما شهدا بباطل ومعنى ذلك ان الشهادة باشرت المال والعقود المختصة بالمال (مسئلة) فان تعلقت الشهادة بالعقود التى لا تختص بالمال ولكن المقصود منها المال كالشهادة على حكم قاض فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يثبت كتاب قاض الى قاض بشاهد ويمين وان كان فى مال وقال مطرف يحلف مع شاهده ويثبت له القضاء ووجه قول عبد الملك أن هذه شهادة لا تختص بالمال ولكن المقصود منها المال كالشهادة على النكاح ووجه قول مطرف ان هذه شهادة مقصودها المال فأشبهت البيع (مسئلة) وأما الجراح فقد اختلف أقوال

* قال مالك وانما يكون ذلك فى الأموال خاصة ولا يقع ذلك فى شئ من الحدود ولا فى نكاح ولا فى طلاق ولا فى عتاقة ولا فى سرقة ولا فى فرية فان قال قائل فان العتاقة من الأموال فقد أخطأ ليس ذلك على ما قال ولو كان ذلك على ما قال لحلف العبد مع شاهده اذا جاء بشاهد أن سيده أعتقه وان العبد اذا جاء بشاهد على مال من الأموال ادعاه حلف مع شاهده واستحق حقه كما يحلف الحر

شيوخنا فيها فى المجموعة وغيرها الطلاق قولهم لا يجوز الشاهد واليمين الاحيث تجوز شهادة رجل وامرأتين وقال سحنون أصلنا ان كل ما جاز فيه شاهد ويمين جازت فيه شهادة النساء وكل ما لا يجوز فيه شاهد ويمين لم تجز فيه شهادة ويمين النساء وتقدم من القول ان الشاهد واليمين انما يجوز فى المال وقد قال فى المجموعة ابن القاسم وابن الماجشون وأشهب تجوز شهادة النساء فى خطأ القتل والجراحات قال أشهب وفى العمد الذى لا قود فيه وان لم يكن معهن رجل حلف المجروح واستحق دية جرحه ووجه ذلك ان هذه شهادة انما يجب بها المال وبه فثبتت بشاهد ويمين كالشهادة بالبيع واختلف فى جراح العمد فروى فى العتبية سحنون عن ابن القاسم لا تجوز شهادة النساء فى ذلك وروى فى المجموعة وكتاب ابنه ان قول ابن القاسم اختلف فى ذلك وقال ابن الماجشون وسحنون يجوز فى ذلك شهادة النساء وجه القول الاول ان هذه شهادة لا يجب بها مال ولا تتعلق به فلم تثبت بشهادة النساء مع الرجال كالشهادة بقتل العمد ووجه القول الثانى ان هذا حق الآدمى لا يتعلق بتفويت نفس ولا ملك منافعها فأثبت الشهادة بالبيع والاجارة (فرع) واذا قلنا تجوز فى جراح العمد فقد قال عبد الملك فى المجموعة والواضحة يجوز فيما صغر منها كالموضحة والأصبع ونحو ذلك مما يؤمن على النفس ولا يجوز فيما يخاف منه تلف النفس وقال سحنون فى المجموعة وكتاب ابنه اختلف قول ابن القاسم فى شهادة النساء فيما دون النفس قال والذى رجع اليه ابن القاسم أن ذلك لا يجوز ولا يعجبنى وجه قول ابن الماجشون وسحنون ان الشهادة معتبرة بما يثبت بها ووجدنا التغليظ فى الشهادة من جهتين من جهة العدد وله أقل وأكثر ومن جهة الذكورة فاما أن كان الزنا يتعلق به سفك الدم واتلاف حرمة العرض وتدخل به المعرة على الأهل والقرابة تغلظ بالوجهين بأكثر العدد والذكورة ولما كان قتل العمد يتعلق به سفك الدم خاصة تعلق بأقل العددين والذكورة ولما كانت الأموال أقلها رتبة لم يتعلق بذكورة ولا عدد فثبتت بشهادة رجل وامرأتين وباليمين مع شاهد واحد ووجدنا الجراح تتنوع نوعين فنها ما صغر ويقل خطره ويؤمن تعديه الى النفس غالبا فلم يدخله التغليظ وثبت بما تثبت به الأموال ومنها ما عظم وعظم خطره ويخاف تعديه الى النفس فدخله التغليظ الذى حصل فى القتل لما يخاف أن يكون سببا اليه ووجه قول ابن القاسم ان الشهادة بما دون النفس شهادة بجراح لا تتناول النفس ولا سفك الدم فتثبت بشهادة رجل وامرأتين وبشهادة رجل ويمين أصل ذلك ما صغر من الجراح ويحتمل عندى أن يكون ابن القاسم يرى الاحتياط فى اثبات القتل والجراح بالشاهدين واليمين كما يرى ذلك فى اثباتها بشهادة الصبيان وانما تغلظ النفس بعدد الايمان والحالفين ولذلك اعتبر العدالة والذكورة فى الشاهد بالقتل والله أعلم

(فصل) وقوله وانما يكون ذلك فى الاموال خاصة دون الحدود والنكاح والطلاق والعتق والسرقة والفدية يريد أن اليمين مع الشاهد يحكم بها فى الأموال ولا يحكم بها فى المعانى التى نص عليها من الحدود والسرقة والفدية زاد ابن حبيب عن مطرف عن مالك والشرب قال مالك فى الموطأ وكذلك الطلاق والنكاح والعتاق وانما لم يقض باليمين مع الشاهد فى الحدود لأنها من حقوق الله تعالى وما كان من حقوق الله تعالى لم يتصور فيه القضاء باليمين مع شهادة المستحق وأما النكاح والطلاق والعتق فانهما من حقوق الله تعالى وما تعلق بها من حقوق الآدميين كالنكاح والرجعة فهو حق يتعلق بجميع البدن كالقصاص فى القتل ولا يثبت باليمين مع الشاهد هلال صوم ولا فطر ولا حج لما تقدم والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فالفرية وهى القذف بالزنا لا تثبت على القاذف بشاهد ويمين وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى العتبية والمجموعة أنه يحلف له ما قذفه فان نكل سجن له أبدا حتى يحلف وروى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية ان طال سجنه خلى سبيله ولا ضرب عليه

وتوجيه ذلك يأتى فى حكم الشاهد بالطلاق والعتق ان شاء الله (مسئلة) وان أقام شاهدا أن فلانا شتمه قال أشهب عن مالك لا يقضى فى هذا بشاهد ويمين ولكن ان كان الشاتم يعرف بالسفه والفحش عزر قيل أفهل الشاتم يحبس قال نعم وعسى به أن أراه وليس كل ما رأى المرء أن يؤجل وه سنة وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك يقضى باليمين مع الشاهد فى المشاتمة دون الحدود ووجه ذلك انه حق يستوفى منه لا يوجب حرمة وحق الآدمى فثبت بالشاهد واليمين كالمال (مسئلة) وان شهد شاهد أنه سرق لم يقطع يده ويحلف صاحب المتاع مع شهادة شاهده ويستحق عليه رد ما سرق واذا شهد عليه شاهد انه شرب خمرا لم يحد وأما النكاح فان شهد بعقد نكاح لم يثبت حكمه ولا يجب اليمين به على من ادعى عليه النكاح ولو ثبت النكاح وجهل الصداق ثبت أمر الصداق بالشاهد واليمين لانه حكم فى مال (مسئلة) وأما الطلاق والعتق فان ادعته المرأة على زوجها والامة على سيدها فلا يمين على السيد ولا الزوج قال مالك ولا يأتيها زوجها الا مكرهة قال ابن القاسم والامة كذلك وان استطاعت أن تفتدى الزوجة بجميع مالها فتفعل ووجه ذلك انها تعتقد الزنا فى وطئها فلا يحل لها ذلك الا بالاكراه الذى لا تستطيع دفعه واذا أمكنها أن تفتدى منه بجميع ما تملك لزمها ذلك كالتى تكون على الزنا (مسئلة) وان شهد شاهد بطلاق أو عتق فقد قال مالك يحلف الزوج والسيد ان أنكر فان حلف لم يلزمه شئ من الطلاق ولا العتق فان نكل ففى ذلك عن مالك روايتان قال ابن القاسم كان مالك يقول تطلق الزوجة ويعتق العبد عليه وبهذا قال أشهب ثم رجع فقال يحبس وهو الذى يختاره ابن القاسم وأكثر أصحابنا وجه القول الاول ان كل من لزمته يمين فان نكوله لا يوجب ردها فانه يوجب الحكم عليه والا فلا فائدة فى الزامها اذا كان الامتناع منها يبطل حكمها ووجه آخر ان هذا نكل عن يمين وجبت عليه لابطال شهادة شاهد فوجب أن يحكم عليه بما شهد به الشاهد كما لو ردت عليه فى الأموال ووجه القول الثانى ما احتج به ابن المواز بأنى لو حكمت عليه لحكمت بشاهد بغير يمين فيكون ذلك أقل حالا من المال ومعنى ذلك ان هذا الشاهد ليس ممن يجب أن ينفذ عليه بشهادته ما شهد به بوجه لو اقترنت شهادته بيمين المدعى فاليمين يوجب شهادته بمنزلة اليمين التى توجها الدعوى فى الأموال وليست بمنقوله اليه عن جنبة من كان يحكم له بيمينه فيحكم عليه بنكوله وانما هى للاستظهار واذا نكل عنها لم يحكم عليه بها عن مالك اذا نكل (فرع) فاذا قلنا انها تطلق عليه بالنكول فقد روى أشهب عن مالك انه ان نكل ثم أراد أن يحلف فانه ليس له ذلك وكذلك العتق ووجه ذلك أن النكول تضعف جنبته ويقوى دعوى المدعى عليه الطلاق فاذا نكل فقد أقر من ضعف جنبته بما يوجب الحكم عليه فليس له الرجوع عن ذلك (فرع) واذا قلنا انه يحبس فقد روى عن مالك انه يحبس أبدا حتى يحلف وا واختاره سحنون ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع فى الطلاق والعتق وقال ابن القاسم يحبس حتى يطول عليه وتطلق والطول سنة وجه القول الأول انه انما سجن ليحلف فلا يخرج عن السجن الا بما حبس لأجله ووجه قول ابن القاسم أن السجن انما هو عقوبة لامتناعه من اليمين ولاختبار حاله والسنة مدة فى الشرع لمعان من الاختبار كالعنة وغيرها وقد روى عن ابن نافع انه يسجن ويضرب له أجل الايلاء فاذا انقضى طلق عليه بعد ذلك هذا الذى رواه عنه فى نوادره الشيخ أبو محمد والذى فى كتاب ابن مزين ان يحيى بن يحيى روى عنه ما تقدم ان محمد بن خالد روى عنه انه أطال سجنه على المرأة وأبى أن يحلف ضرب له الأجل فان حلف عند انقضائه خلى سبيله وردت اليه المرأة وان أبى أن يحلف طلقت عليه بالايلاء قال يحيى وقال أبو زيد قاضى أهل المدينة مثله ووجه ذلك انه ممنوع من الوطء بمعنى حرمته عليه فضرب له أجل الايلاء كالذى يحلف بطلاق زوجته ليفعلن فانه يدخل عليه الايلاء من يوم رفعته زوجته ويحكم به

* قال مالك فالسنة عندنا أن العبد اذا جاء بشاهد على عتاقته استحلف سيده ما أعتقه و بطل ذلك عنه * قال مالك وكذلك السنة عندنا أيضا في الطلاق اذا جاءت المرأة بشاهد أن زوجها طلقها أحلف زوجها ما طلقها فاذا حلف لم يقع عليه الطلاق * قال مالك فسنة الطلاق والعتاقة في الشاهد الواحد واحدة انما يكون اليمين على زوج المرأة وعلى سيد العبد وانما العتاقة حد من الحدود لا تجوز فيها شهادة النساء لأنه اذا اعتق العبد ثبتت حرمته و وقعت له الحدود ووقعت عليه وان زنى وقد أحصن رجم وان قتل قتل به وثبت له الميراث بينه و بين من يوارثه فان احتج محتج فقال لو أن رجلا أعتق عبده و جاء رجل يطلب سيد العبد بدين له عليه فشهد له على حقه ذلك رجل وامرأتان فان ذلك يثبت الحق على سيد العبد حتى ترد به عتاقته اذا لم يكن لسيد العبد مال غير العبد يريد أن يجيز بذلك شهادة النساء في العتاقة فان ذلك ليس على ما قال وانما مثل ذلك الرجل يعتق عبده ثم يأتي طالب الحق على سيده بشاهد واحد فيحلف مع شاهده ثم يستحق حقه وترد بذلك عتاقة العبد أو يأتي الرجل قد كانت بينه و بين سيد العبد مخالطة وملابسة فيزعم أن له على سيد العبد مالا فيقال لسيد العبد احلف ما عليك ما ادعى فان نكل وأبى أن يحلف حلف صاحب الحق وثبت حقه على سيد العبد فيكون ذلك يرد عتاقة العبد اذا ثبت المال على سيده * قال وكذلك أيضا الرجل

عليه الحاكم وهذا أشد من الخلاف لانه يدعى عليه تحريم الزوجة وقد شهد به عليه شاهد

(فصل) وقوله فان قال قائل ان العتاقة من الأموال فقد أخطأ ولو كان على ما قال يحلف العبد مع شاهده على عتقه لانه يجب مع شاهده في المال وهذا الذي قاله مبني على بيان معنى قولنا الشهادة على الأموال وذلك أن الشهادة على المال هي الشهادة بطلب مال يخرج من متمول له الى متمول آخر وليس هذا حكم الشهادة على العتاقة لان الرقبة بالعتاقة لا تخرج الى متملك وذلك مثل المال يطلبه الرجل من الآخر فيشهد له بشاهد سواء كان ذلك المال دينا معلقا بذمته أو شيأ معينا مما يتملك وذلك على ثلاثة أوجه أحدها أن يباشر الشهادة ما لا يؤدي الى عتق أو الى نقضه أو الى طلاق زوجه وسيأتي ذكره أو تكون الشهادة تجر الى المال لا يحكم فيها بغير ذلك وان باشرت معنى آخر مثل الشهادة على الحر بجرح العبد فيحلف سيده مع شاهده و يستحق الارش قاله ابن حبيب في المجموعة وكتاب ابن حبيب وقال أشهب في العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن اذا شهدت امرأتان على امرأة انها ضربت بطن امرأة فالقت مضغة فلتحلف معهما وتستحق الغرة ولا كفارة على الضاربة ور وى أشهب عن مالك في العتبية في الذي شهد له شاهد انه وارث فلان فان لم يأت بغيره حلف واستحق قال أشهب وذلك اذا كان نسبه من الميت ثابتا ويكون الشاهد يشهد انه لا يعلم له وارثا غيره فيحلف معه و يرث لانه شهد على مال وكذلك الولاء يثبت للاقعد من أهل الولاء بالشاهد واليمين اذا ثبت الولاء لمن ورثوه عنه قاله الشيخ أبو محمد وفي كتاب ابن المواز من أقام شاهدا أنه وارث فلان أو مولاه لا يعلم له وارث غيره قال مالك يستأني بالمال حتى يؤيس أن يأتي أحد بأثبت من ذلك فيحلف معه و يقضى له بالمال ولا نسب له يثبت فهذا مخالف لما تقدم

(فصل) وقوله ان العبد يحلف مع شاهده في المال يقتضي انه يحلف في قليل ذلك وكثيره لان مالكا قال انه يحلف كما يحلف الحر وجه ذلك انه يملك كما يملك الحر فوجب أن يحلف مع شاهده ليصل الى استحقاق ملكه كالحر ص * قال مالك فالسنة عندنا ان العبد اذا جاء بشاهد على عتاقته استحلف سيده ما أعتقه و بطل ذلك عنه * قال مالك وكذلك السنة عندنا أيضا في الطلاق اذا جاءت المرأة بشاهد أن زوجها طلقها أحلف زوجها ما طلقها فاذا حلف لم يقع عليه الطلاق * قال مالك فسنة الطلاق والعتاقة في الشاهد الواحد واحدة انما يكون اليمين على زوج المرأة وعلى سيد العبد وانما العتاقة حد من الحدود ولا تجوز فيها شهادة النساء لانه اذا اعتق العبد ثبتت حرمته ووقعت له الحدود ووقعت عليه وان زنى وقد أحصن رجم وان قتل قتل به وثبت له الميراث بينه و بين من يوارثه فان احتج محتج فقال لو أن رجلا أعتق عبده و جاء رجل يطلب سيد العبد بدين له عليه فشهد له على حقه ذلك رجل وامرأتان فان ذلك يثبت الحق على سيد العبد حتى ترد به عتاقته اذا لم يكن لسيد العبد مال غير العبد يريد أن يجيز بذلك شهادة النساء في العتاقة فان ذلك ليس على ما قال وانما مثل ذلك الرجل يعتق عبده ثم يأتي طالب الحق على سيده بشاهد واحد فيحلف مع شاهده ثم يستحق حقه وترد بذلك عتاقة العبد أو يأتي الرجل قد كانت بينه و بين سيد العبد مخالطة وملابسة فيزعم أن له على سيد العبد مالا فيقال لسيد العبد احلف ما عليك ما ادعى فان نكل وأبى أن يحلف حلف صاحب الحق وثبت حقه على سيد العبد فيكون ذلك يرد عتاقة العبد اذا ثبت المال على سيده * قال وكذلك أيضا الرجل

وكذا دينارا فينكر ذلك زوج الأمة فيأتي سيد الأمة برجل وامرأتين فيشهدون على ماقال فيثبت بيعه ويحق حقه وتحرم الأمة على زوجها ويكون ذلك فراقا بينهما وشهادة النساء لاتجوز في الطلاق * قال مالك ومن ذلك أيضا الرجل يفتري على الرجل الحر فيقع عليه الحد فيأتي رجل وامرأتان فيشهدون أن الذى افترى عليه عبد مملوك فيضع ذلك الحد عن المفتري بعد أن وقع عليه وشهادة النساء لا تجوز في الفرية * قال مالك ومما يشبه ذلك أيضا مما يفترق فيه القضاء وما مضى من السنة ان المرأتين يشهدان على استهلال الصبي فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويكون ماله لمن يرثه ان مات الصبي وليس مع المرأتين اللتين شهدتا رجل ولا يمين وقد يكون ذلك في الأموال العظام من الذهب والورق والرباع والحوائط والرقيق وما سوى ذلك من الأموال ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل من ذلك أو أكثر لم تقطع شهادتهما شيأ ولم تجز الا أن يكون معهما شاهد أو يمين

ينكح الأمة فتكون امرأته فيأتي سيد الأمة الى الرجل الذى تزوجها فيقول له ابتعت مني جاريتي فلانة أنت وفلان بكذا وكذا دينارا فينكر ذلك زوج الأمة فيأتي سيد الأمة برجل وامرأتين فيشهدان على ماقال فيثبت له بيعه ويحق حقه وتحرم الامة على زوجها ويكون ذلك فراقا بينهما وشهادة النسب لاتجوز في الطلاق * قال مالك ومن ذلك أيضا الرجل يفتري على الرجل الحر فيقع عليه الحد فيأتي رجل وامرأتان فيشهدون أن الذى افترى عليه عبد مملوك فيضع ذلك الحد عن المفتري بعد أن وقع عليه وشهادة النساء لاتجوز في الفرية * قال مالك ومما يشبه ذلك أيضا مما يفترق فيه القضاء ومامضى من السنة ان المرأتين يشهدان على استهلال الصبي فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويكون ماله لمن يرثه ان مات الصبي وليس مع المرأتين اللتين شهدتا رجل ولا يمين وقد يكون ذلك في الأموال العظام من الذهب والورق والرباع والحوائط والرقيق وماسوى ذلك من الأموال ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل من ذلك أو أكثر لم تقطع شهادتهما شيأ ولم تجز الا أن يكون معهما شاهد أو يمين * ش قوله ان العبد اذا جاء بشاهد ان سيده أعتقه حلف السيد وبطل العتق وكذلك المرأة تدعي طلاق زوجها يحلف الزوج ولا يلزمه طلاق فان وجد العبد أو الزوجة بعد اليمين شاهدا آخر فانه يضم الى الشاهد الأول ويقضى بهما بالعتق والطلاق قال ابن المواز لانه منع أولا من اليمين فلم يوجد منه نكول يسقط به الشاهد كالصغير يقوم له شاهد بحق فيحلف المطلوب ثم يوجد له شاهد آخر بذلك الحق فانه يحكم له به (مسئلة) ولو كان العبد اذا أقام شاهدا بعد موت سيده انه أعتقه في مرضه ففي كتاب ابن المواز ان الورثة يحلفون على العلم ووجه ذلك انه لاطريق لهم الى القطع بذلك كسائر مايدعى عليه من الحقوق

(فصل) وقوله ان العتاقة من الحدود يريد انه يتعلق بها حق الله تعالى ولذلك لو اتفق السيد والعبد على ابطال العتق لم يكن لهما ذلك وقد ذكر الله تعالى الطلاق فقال الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وقال عز من قائل تلك حدود الله فلا تعتدوها فوصف الطلاق وما ذكر معه بانه من حدود الله تعالى

(فصل) وقوله لاتجوز فيها شهادة النساء يريد لاينفذ العتق والطلاق بشهادة النساء فلو شهد رجل وامرأتان بعتق أو طلاق لم تجز في ذلك شهادتهم بمعنى أن يحكم بالطلاق ولو شهدت امرأتان على رجل بطلاق امرأته أو عتق عبده وجبت بشهادتهما على الزوج والسيد اليمين وليست ههنا شهادة على التحقيق لانه لايحكم بما يقتضيه من الطلاق وانما يجب بها اليمين على الزوج وهي تشبه الشاهد العدل في المقاسمة

(فصل) وقوله لانه اذا اعتق العبد ثبتت حرمته ووقعت له الحدود ووقعت عليه وان زنا وقد أحصن رجم وان قتل قتل به وتثبت له المواريث يريد بقوله ثبتت حرمته انه ثبتت له حرمة الحرية فتكمل ديته دية الحر ويثبت القصاص بينه وبين الحر في النفس والأطراف ومن قذفه مع العفة حد ويريد بقوله ووقعت له الحدود ان من قذفه حد لقذفه مع العفة ويريد بقوله ووقعت الحدود عليه وتتم له حدود الحر في القذف والزنا وشرب الخمر ورجم في الزنا مع الاحصان وهذه كلها معان تثبت للانسان من أحكام الحرية فلا يقبل فيها شهادة النساء ولذلك استدل شيوخنا بالحرية على أن شهادة النساء لايحكم بها في العتاقة

(فصل) وقوله فان احتج محتج بمن أعتق عبده وجاء من يطلبه بدين شهد له به رجل وامرأتان ثبت

الحق على السيد ان كان معسرا ورد عتق العبد محتجا بذلك لاجازة شهادة النساء فى العتق فليس على ماقال وقد رد العتق هذا الوجه بالشاهد على السيد بدين مع يمين الطالب أو بدعوى المدعى ونكول السيد هذا كله غلط قاله مالك لان عتق الرجل عبده وعليه دين يحيط بماله والعبد غير جائز سواء كان عتقه واجبا أو تطوعا لانه ليس له اتلاف أموال الناس بأداء الكفارة منها أو عتق تطوع وانما جاز أن يرد العتق بشهادة رجل وامرأتين و بشهادة امرأتين و يمين الطالب أوشهادة رجل و يمين الطالب لان الشهادة لاتباشر رد العتق ولاتتناوله وانما تتناول اثبات الدين فاذا ثبت الدين بهذه الشهادة مع مايقترن بها رد العتق بثبوت الدين المتقدم عليه المانع منه وهذا كما يقول انه تجوز شهادة النساء فى الولادة و يثبت النسب بها ولو شهدت به النساء لم يثبت بشهادتهن (مسئلة) وأما قوله ان العتق يرد بنكول السيد عن اليمين فهو قول مالك فى الموطأ وكذلك وقع فى العتبية والمجموعة وفى كتاب ابن مزين عن ابن القاسم لاترد بذلك عتاقة العبد زاد أبو محمد فى روايته ولا باقراره ان أقر أن عليه دينا وجه ذلك أن النكول من فعله فليس له أن يرق به العبد لانه رجوع فى عتقه كاقراره بالدين

(فصل) وقوله وكذلك أيضا الرجل تكون تحته أمة غيره فيأتى سيدها برجل وامرأتين يشهدون أن الزوج اشتراها من السيد فيثبت الشراء وتحرم الأمة على زوجها وان كانت شهادة النساء لاتجوز فى الطلاق قال عبد الملك فى كتاب ابن سحنون والنساء فى هذا لم يشهدن فى نفس الفراق وانما يشهدن فى مال جر الى ماذكرت قال سحنون وكذلك شهادتهن فيمن غر من نفسه بالحرية انه مملوك لفلان جازت فيحلف بعضهن و يرق له و يبطل الحد عمن قذفه وتصير حدوده حدود عبد ولو كان قذف أو قذف فشهد امرأتان انه مملوك لغائب أوصغير فالحد قائم له رواه ابن المواز عن أشهب قال ابن المواز ومتى قدم الغائب أو كبر الصغير حلف واستحق رقبته و وجه ذلك عندى انه لايصح الحكم برقه الآن لعدم من يدعيه و يحلف مع شهادة المرأتين فيبقى على حكم الرق الى أن يدعيه مدع و يحلف مع شهادتهما قال ابن الماجشون ولو شهدت امرأتان على أداء كتابة مكاتب لحلف وتم عتقه وهذا كله على نحو ماتقدم

(فصل) وقوله ومما يشبه ذلك أيضا ان المرأتين تشهدان على استهلال الصبى فيجب بذلك ميراثه حتى يرث و يورث دون أن يكون معهما شاهد أو يمين و يكون ذلك فى الاموال العظام ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل لم يحكم بشهادتهما الا ان يكون معهما شاهد أو يمين يريد ان شهادة المرأتين تقبل و يحكم بها دون أن يقترن بها شئ فيما لايطلع عليه الرجال كالاستهلال والولادة قال القاضى أبو محمد الا الرضاع وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذلك اذا شهدت امرأتان أن فلانة أسقطت حلت من عدتها للازواج قال مالك فى كتاب ابن سحنون شهادة امرأتين تجوز فيما لايطلع عليه غيرهن مما تحت الثياب من العيوب والحيض والولادة والاستهلال وشبه ذلك و وجه ذلك انه اذا كان مما لايجوز للرجال النظر اليه لم تصح شهادتهم فيه وهو مما يطلع عليه النساء فتدعو الضرورة الى تجويز شهادتهن وفيه قد نص الله على قبول شهادتهن حيث تجوز شهادة الرجال فبان تجوز حيث لاتصح شهادة الرجال ولا يمكن اطلاعهم عليه أولى (مسئلة) واذا ادعى الزوج أن زوجته رتقاء أو بها داء الفرج قال سحنون أصحابنا يرون انها مصدقة وأنا أرى ان ينظر النساء الى عيوب المرأة الحرة التى فى الفرج وقد تقدم هذا فى النكاح وأمر سحنون فى صبية أراد أولياؤها

تزويجها فأمر امرأتين عادلتين أن تنظرا اهل أنبتت فأخبرتاه ان قد أنبتت فأذن لهم فى انكاحها وأما ما كان فى غير الفرج فانه يبعد عن ذلك الموضع لينظر اليه الشهود وكذلك لو أصابتها علة فى موضع يحتاج أن ينظر اليه الطبيب بعد عن ذلك الموضع فينظر اليه الاطباء قال سحنون ووجه ذلك انه ليس بمغلظ كنفس العورة وانما يحرم النظر بكل حال فى حق الرجل الى نفس العورة (مسئلة) وأما شهادة امرأتين على الرضاع فقد قال القاضى أبو محمد عن مالك فى ذلك روايتان احداهما انه لا يكفى فى ذلك الا ان يفشو عند الجيران ويظهر وينتشر والاخرى ان شهادتهما مقبولة وان لم يفش قال وجه الرواية الاولى ان الرضاع وان كان مما ينفرد به النساء فتتعلق به أحكام شرعية ولا يكاد يخفى أمره غالبا بل يفشو فاذا عرا من الظهور والانتشار ضعفت الشهادة ووجه الرواية الثانية اعتبارا بسائر الشهادات قال وهذا أصح وقد ذكر شيوخنا المتقدمون فى ذلك ما يعتمد عليه أيضا ففى الموازية عن مالك ان شهادة المرأتين فى الرضاع بعد عقد النكاح لا تجوز الا بالسماع الفاشى القوى الذى يأتى من غير وجه ولا وجهين وفى المجموعة عن ابن الماجشون مثله وزاد ولا يفسخ النكاح منه الا بالامر القوى المنتشر قال سحنون فى كتاب ابنه وأما ما كان من ذلك قبل التزويج وان ضعف فحقيق على المرء فيه التوقى والحيطة فاقتضى ذلك ان ما تقدم من قول مالك وابن الماجشون انما هو فى فسخ النكاح المنعقد قبل الشهادة (مسئلة) وأما شهادة امرأتين فى الرضاع فقد تقدم من قول القاضى أبى محمد فيما فيه كفاية وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع ففى الموازية عن مالك لا يعمل بها الا ان يفشو فى الصغر عند المعارف وقال أيضا لا يقضى بقولها وأحب الى أن يصدقه الزوج قال محمد يريد ان كانت عادلة فانما يقع الخلاف منه فى فسخ النكاح وأما التوقى منه فتفق عليه قال محمد الا ان يطول مقامه معها بعلم المرأتين فلا تجوز شهادتهما يريد وان كان معهما الخبر فاشيا والله أعلم وأحكم (مسئلة) فاذا قلنا تقبل شهادة النساء بانفرادهن فيما تقدم فانه يقبل فيه شهادة امرأتين دون يمين الطالب هذا قول مالك وقال عطاء والشعبى لا يجزئ أقل من أربع وبه قال الشافعى ووجه ذلك ان كل جنس يجوز الجنس منه بانفراده فانه يجزئ منه الاثنان كالرجال ولا تجزئ الواحدة خلافا لليث وأبى حنيفة فى قوله تقبل شهادة الواحدة فى العورة وهو ما بين الركبة الى السرة والدليل على ما نقوله انه لا يجوز فى حق من الحقوق شهادة الرجل الواحد ولا خلاف انه أبلغ فى باب الشهادة من المرأة ولذلك جعل الرجل فى مقابلة امرأتين ثم ثبت وتقرر انه لا يحكم بشهادة رجل واحد دون أن يقارنه شئ فبان لا يحكم بشهادة امرأة واحدة أولى وأحرى

(فصل) وأما قوله لشهادة امرأتين على الولادة والاستهلال تثبت الميراث وتملك بذلك الاموال العظام من العين والرباع وغيرها ولا يحكم بشهادتهما فى درهم فلما ذكرناه من ان شهادتهما تجوز فى المواضع المذكورة التى لا يطلع عليها الرجال فيحكم بذلك لما ذكرناه ويؤول ذلك الى الحكم بأموال عظيمة جسيمة على وجه المآل لا على وجه المباشرة فلو باشرت شهادتهن درهما واحدا لم يحكم بشهادتهما فى درهم لأن العدد الكثير منهن حيث يجوز الرجال انما هى بمنزلة الرجل الواحد فكذلك لا تجوز شهادتهن فى العتق وتجوز فيما يفضى الى العتق ويؤول اليه والله أعلم وأحكم ص

﴿ قال مالك ومن الناس من يقول لا يكون اليمين مع الشاهد الواحد ويحتج بقول الله تبارك وتعالى وقوله الحق واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من

قال مالك ومن الناس من يقول لا تكون اليمين مع الشاهد الواحد ويحتج بقول الله تبارك وتعالى وقوله الحق واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من

الشهداء يقول فان لم يأت برجل وامرأتين فلا شئ له ولا يحلف مع شاهده * قال مالك فمن الحجة على من قال ذلك القول ان يقال له أرأيت لو أن رجلا ادّعى على رجل مالا أليس يحلف المطلوب ما ذلك الحق عليه فان حلف بطل ذلك عنه وان نكل عن اليمين حلف صاحب الحق ان حقه لحق وثبت حقه على صاحبه فهذا مما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا ببلد من البلدان فبأى شئ أخذ هذا أو فى أى كتاب الله وجده فان أقر بهذا فليقرر باليمين مع الشاهد وان لم يكن ذلك فى كتاب الله عز وجل وانه ليكفى من ذلك ما مضى من السنة ولكن المرء قد يحب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة ففى هذا بيان ما أشكل من ذلك ان شاء الله تعالى * ش قوله ان احتج محتج على من يجيز اليمين مع الشاهد بأن الله تعالى يقول فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان قال وهذا يقتضى ان عدم الرجلان لا يجزئ الا رجل وامرأتان والزيادة فى النص عندهم نسخ ولا يجوز نسخ القرآن بالقياس ولا باخبار الآحاد والجواب ما أجاب به ان من ادعى على رجل مالا قال المطلوب يحلف ما ذلك الحق عليه وهذا مما لا خلاف فيه بين الأئمة وليس هذا فى كتاب الله ويلزم أبا حنيفة على قوله هذا أن لا يثبت حكم بحديث صحيح ولا قياس ولا يثبت الا بما يجوز فيه النسخ للقرآن لان هذا كله زيادة فى نص القرآن وان لم يكن هذا زيادة فى نص القرآن لانه ينافى النص فكذلك ما ذكرناه فانه لا ينافى النص فانه لو قال فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان أو فرجل ويمين الطالب لصح ذلك وقال كثير من أصحابنا ان الزيادة فى النص ليست بنسخ لان النسخ ازالة الحكم الثابت بشرع متأخر عنه على وجه لولاه لكان ثابتا والزيادة فى النص لا تزيل حكم المزيد عليه بل تبينه وتضيف اليه شيأ آخر ولذلك اذا فرضت الصلاة ثم فرض الصيام لم يكن فرض الصيام نسخا لفرض الصلاة وقال القاضى أبو بكر ان الزيادة فى النص اذا غيرت حكم المزيد عليه فهو نسخ واذا لم تغيره فليس بنسخ ومعنى تغييره له أن يؤمر بالصلاة ركعتين ثم يؤمر بها أربع ركعات فهذا نسخ لان الركعتين ليستا بشرعية بعد الأمر بالأربع ولو افتتح الصلاة على ركعتين وأتمها على حسب ما كان يصليها قبل ذلك وسلم منها ثم أراد أن يضيف اليهما ركعتين أخريين يتم بهما ظهره أو عصره لم يجز ذلك فهذا نسخ وأما الذى لا يغير حكم المزيد فمثل أن يأمر بالحد أربعين ثم يؤمر به ثمانين فهذه الزيادة لا تغير حكم المزيد ولو ابتدأ ضربه على أربعين وأتمها على حسب ما كان يأتى بها قبل الأمر بالثمانين ثم أراد أن يتم عليه الثمانين كان له ذلك وفى مسئلتنا هذه الزيادة التى يزعمها بالحكم بالشاهد واليمين لم تغير حكم المزيد عليه بل يقبل شهادة الشاهدين وشهادة الرجل والمرأتين على حسب ما كان يقبل ذلك قبل الأمر بالحكم بالشاهد واليمين

(فصل) وقوله بعد ذلك فان نكل المدعى عليه حلف صاحب الحق ليس مما لا اختلاف فيه فان أبا حنيفة وأكثر الكوفيين لا يرون رد اليمين على المدعى بنكول المدعى عليه ولا يثبت عندهم فى جنبة مدعى المال فيحتمل أن يريد بقوله انه مما لا خلاف فيه فى بلد من البلدان ولا بين أحد من الناس إيجاب اليمين على المنكر دون رد اليمين على المدعى بنكول المنكر لما قدمناه من خلاف أهل الكوفة وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله وانه ليكفى فى هذا ما مضى من السنة لعله يريد الحديث الذى أورده لان أهل الكوفة وسائر الناس كانوا فى ذلك الزمن يقولون بالمراسيل وقوله ولكن المرء يحب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة يريد أن يعرف وجه الصواب من جهة المعنى والقياس وقطع اعتراض

الشهداء يقول فان لم يأت برجل وامرأتين فلا شئ له ولا يحلف مع شاهده * قال مالك فمن الحجة على من قال ذلك القول أن يقال له أرأيت لو أن رجلا ادعى على رجل مالا أليس يحلف المطلوب ما ذلك الحق عليه فان حلف بطل ذلك عنه وان نكل عن اليمين حلف صاحب الحق ان حقه لحق وثبت حقه على صاحبه فهذا مما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا ببلد من البلدان فبأى شئ أخذ هذا أو فى أى كتاب الله وجده فان أقر بهذا فليقرر باليمين مع الشاهد وان لم يكن ذلك فى كتاب الله عز وجل وانه ليكفى من ذلك ما مضى من السنة ولكن المرء قد يحب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة ففى هذا بيان ما أشكل من ذلك ان شاء الله تعالى

المعترض عليه بتأويل أو غيره لان ذلك أقوى لغلبة الظن وأبين لوجه تعلق ذلك الحكم بما يتعلق به وما هو مثله والله أعلم

﴿ القضاء فيمن هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك في الرجل يهلك وله دين عليه شاهد واحد وعليه دين للناس لهم فيه شاهد واحد فيأبى ورثته أن يحلفوا على حقوقهم مع شاهدهم قال فان الغرماء يحلفون ويأخذون حقوقهم فان فضل فضل لم يكن للورثة منه شيء وذلك أن الأيمان عرضت عليهم قبل فتركوها الا أن يقولوا لم نعلم لصاحبنا فضلا ويعلم أنهم انما تركوا الأيمان من أجل ذلك فاني أرى أن يحلفوا ويأخذوا ما بقي بعد دينه ﴾ ش وهذا على ما قال ان المتوفى اذا كان عليه ديون وله دين فشهد له شاهد أن للورثة أن يحلفوا مع الشاهد ويبدأ الغرماء لان الدين مقدم على الميراث فان فضل شيء كان لهم بالميراث فان نكل الورثة حلف الغرماء وهذا الظاهر من المذهب أن الورثة يبدؤن باليمين على الاطلاق وبهذا قال مالك وأكثر أصحابه قال سحنون انما كان للورثة أن يحلفوا أولا في مسئلة الأصل لان الغرماء لو نكلوا عن اليمين انهم لم يقبضوا دينهم كان للورثة اليمين مع الشاهد أولا اذا لم يقم الغرماء فان قاموا وثبتت حقوقهم وطلبوا أن يحلفوا فهم المبدؤن بها لانهم أولى بتركته وجه القول الأول ان الورثة أولى بالتركة بدليل أن للورثة أن يدفعوا الى الغرماء من أموالهم ويختصون بالتركة دون الغرماء ولو كان الميت حيا لما كان للغرماء أن يحلفوا فكذلك مع ورثته لانهم يقومون مقامه ما أرادوا التركة ووجه القول الثاني قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين فلما كان أصحاب الدين مبدئين قبل الورثة في الأخذ فكذلك في الأيمان اذا حكم لهم بصحة دينهم (فرع) اذا ثبت ذلك فالاختلاف بين مالك وسحنون في تبدئة الغرماء والورثة بالأيمان على الوجه الذي تقدم وقال محمد والمعروف من قول مالك ان الورثة مبدؤن بالأيمان ان كان في المال فضل فان لم يكن فيه فضل حلف الغرماء فان نكلوا احلف الغريم وبرئ والذي روى ابن وهب عن مالك خلاف هذا وخلاف قول سحنون وهو أشبه بما في الموطأ فانه روى عنه اذا اقام للغرماء شاهد للميت بدين ان الورثة يحلفون معه فان نكلوا احلف غرماؤه واستحقوا قدر دينهم فان فضل شيء لم يأخذه الورثة الا بيمين فدل قوله ان الغرماء اذا قاموا بالشاهد انهم انما قاموا به بعد ثبوت حقوقهم واستحلافهم انهم قبضوا دينهم ولولا ذلك لما كان لهم القيام بالشاهد ومع ذلك فالورثة مبدؤن بالأيمان لما قدمناه ودل قوله في آخر المسئلة فان فضل شيء لم يأخذه الورثة الا بيمين على انه لم يفضل شيء فان الحكم فيه ما تقدم (فرع) واذا امتنع الورثة من اليمين أولا فحلف الغرماء وبقي من الدين الذي حلف عليه الغرماء فهل للورثة أن يحلفوا ويأخذوه وقد تقدم من رواية ابن وهب ان لهم ذلك على الاطلاق وفي المجموعة من قول مالك ليس للورثة معاودة اليمين لنكولهم عنها أولا الا أن يقولوا لم نعلم ان في دين الميت فضلا عن الديون التي عليه ونعلم ذلك الآن فيحلفون ويأخذون الفضل وهو معنى ما في الموطأ وجه القول الاول ان نكولهم أولا لم يكن نكولا عن اليمين وتسليم الحق وانما كان امتناعا من يمين يصير ما استحق بها الى غيرهم ولو كان نكولا له حكم النكول لما انتقلت اليمين الى الغرماء وانما كانت تنتقل الى المطلوب وهذه اليمين في الحقيقة انما هي يمين ينوب فيها الورثة عن الغرماء فاذا استوفى الغرماء أيمان الورثة حينئذ يستحقون بها ما يحلفون عليه فان نكلوا حينئذ عن اليمين لم يكن لهم

﴿ القضاء فيمن هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد ﴾

* قال يحيى قال مالك في الرجل يهلك وله دين عليه شاهد واحد وعليه دين للناس لهم فيه شاهد واحد فيأبى ورثته أن يحلفوا على حقوقهم مع شاهدهم قال فان الغرماء يحلفون ويأخذون حقوقهم فان فضل فضل لم يكن للورثة منه شيء وذلك أن الايمان عرضت عليهم قبل فتركوها الا أن يقولوا لم نعلم لصاحبنا فضلا ويعلم أنهم انما تركوا الايمان من أجل ذلك فاني أرى أن يحلفوا ويأخذوا ما بقي بعد دينه

معاودتها ووجه القول الثانى ان الورثة اذا حلفوا فانما يحلفون على جميع الدين فاذا نكلوا فقد بطل حقهم منه كالشركاء فى الميراث من حلف منهم فانما يحلف على اثبات جميع الدين من نكل بطل حقه وثبتت اليمين لغيره فى حصته فاذا عـلم الورثة بالفضل فنكلوا عن اليمين فقد أبطلوا حقهم منه وان لم يعلموا به ثبت لهم اليمين عند ظهوره (مسئلة) ولو حلف الغرماء وطرأ مال آخر للميت فلهم الأخذ منه وليس للغرماء أخذ الدين الذى فيه الشاهد الا بأيمانهم قاله أصبغ ومحمد بن عبد الحكم وزاد اذا كان الغرماء لم يأخذوا حقوقهم من الدين حلفوا مع الشاهد فيه وأراه معنى قول أصبغ قال ابن المواز ليس للغرماء ولا للورثة أخذ الدين الا بيمين الورثة ولا يغنى يمين الغرماء التى حلفوا وجه القول الاول انه لما حلف الغرماء كان لهم أخذ دينهم بما حلفوا عليه فاما اذا أخذوا من غيره وتركوا ذلك الدين فقد صار حقا للورثة فلا يصح يمين الغرماء فيه فلا بد أن يقرن بالشاهد يمين الورثة الذين ينتقل اليهم الدين بالميراث ووجه قول ابن المواز انه لما ظهر المال للميت تبين ان ايمان الغرماء كانت لغوا لا يستحق بها حق لان دينهم فى الذى لا يحتاج الى استحقاقه الى يمين فكان بمنزلة أن يحلفوا مع ظهور المال و يختاروا الحلف والأخذ من الدين دون المال الظاهر وقد قال محمد بن عبد الحكم لا يحلف ههنا الا الورثة وانما يحلف الغرماء اذا لم يكن للميت مال ظاهر يقتضى منه الدين غير المال الذى يستحق بالشاهد واليمين و يجوز أن يكون محمد بن عبد الحكم يرى ذلك فى المال المعلوم دون المال الذى لا يعلم به رواه ابن المواز فى الوجهين (مسئلة) و يحلف كل واحد من الغرماء على ان الدين الذى شهد به الشاهد جميعه حق ليس على ما ينوبه رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى المفلس يحلف غرماؤه مع شاهده على دينه * قال القاضى أبو الوليد وهذا عندى مثله ووجه ذلك ان حق كل انسان منهم شائع فى جميع الدين فانما يحلف على اثبات جميعه (مسئلة) ومن نكل منهم فلا محاصة له مع من حلف قاله مطرف وابن الماجشون فى مسئلة المفلس ووجه ذلك انه بنكوله قد أبطل حقه مما حلف عليه أصحابه كما لو نكل جميعهم (فرع) ومن حلف أخذ جميع حقه من هذا الدين لا مقدار ما يقع له منه لو حلف أصحابه أوقام به شاهدان قاله محمد بن عبد الحكم وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان نكل يعطى الغرماء كان لمن حلف بقدر حقه و بعد القول الاول ان من نكل منهم عن اليمين فقد بطل حقه من الدين وكأنه لم يكن له فى هذا المال حق فلا تأثير لما ادعاه فيه ولم يتعلق بمال الميت الا دين من حلف فوجب أن تكون المحاصة على ذلك ووجه رواية عيسى ان الغرماء لم يناكر بعضهم بعضا فمن حلف منهم استحق حقه فى مال الميت ومن نكل بطل حقه فلم يرجع ذلك الى أصحابه ولذلك لا ترد الايمان عليهم وانما رجع نصيبه الى من يستحق مال الميت ممن يناكر هذا المدعى وعليه ترد اليمين والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان رجع أحد من الغرماء بعد نكوله الى أن يحلف و يأخذ حصته قال مطرف فى مسئلة المفلس ليس له ذلك وقال ابن الماجشون له ذلك فوجه رواية مطرف أن النكول يبطل حق الناكل و يمنعه معاودة ما نكل عنه كما لو نكل صاحب الدين ووجه قول ابن الماجشون ما احتج به من انه يقول لم أكن تحققت الأمر فأردت أن أكشف عنه وأبحث وقد تحققته الآن (مسئلة) وهل يحلف الغرماء مع الشاهد بابراء الميت من دين يثبت عليه بشاهدين وقام له شاهد بالابراء منه روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية يحلف الغرماء على ابرائه وينفرد دون بالتركة روى ابن حبيب عن أصبغ لا يحلف الغرماء فى ابراء الميت وانما يحلفون فى دين له وجه القول الأول ان هذه يمين يصل بها الغريم الى استيفاء حقه فوجب أن

يستوفى فيها الابراء واثبات الدين كيمين من عليه الحق ووجه قول أصبغ ما احتج به من أن يمين الغريم على ابراء الميت رجم بالغيب لانه لا يعلم ذلك وقال ابن المواز ليس هذا رجما بالغيب وانما حلف بخبر مخبر كحلفه على اثبات دين له

﴿ القضاء فى الدعوى ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك عن حميد بن عبد الرحمن المؤذن أنه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضى بين الناس فاذا جاءه الرجل يدّعى على الرجل حقا نظر فان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف الذى ادّعى عليه وان لم يكن شئ من ذلك لم يحلفه * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا انه من ادّعى على رجل بدعوى نظر فان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدّعى عليه فان حلف بطل ذلك الحق عنه وان أبى أن يحلف وردّ اليمين على المدّعى فحلف طالب الحق أخذ حقه ﴾ ش قوله فى الذى يدعى على رجل حقا ان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدّعى عليه وان لم يكن شئ من ذلك لم يحلفه هذا قول عمر بن عبد العزيز والفقهاء السبعة بالمدينة وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعى يستحلف المدّعى عليه من غير اثبات خلطة والدليل على مانقوله ان مجرد الدعوى لا يوجب حكما الا لوجه ضرورة واستحلاف المدّعى عليه مضرّة تلحقه فلا يجوز أن يؤذى باليمين بمجرد الدعوى عليه الا أن تكون ضرورة بان يكون من الأمور التى تقع عليه كثيرا من غير مخالطة ولذلك تأثير فى الشرع وبذلك تقبل شهادة الصبيان فى القتال لما كان يتعذر اثبات ذلك بشهادة العدول والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففى ذلك أبواب ثلاثة * الأول فى الدعاوى التى يعتبر فيها الخلطة وتمييزها من غيرها * والثانى فى تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها * والثالث فيما تثبت به الخلطة

(الباب الأول فى تفسير ماتعتبر فيه الخلطة)

ماتعتبر فيه الخلطة هو المداينة وادّعاء دين من معاوضة وفى كتاب ابن المواز وكذلك ان ادّعى عليه كفالة بحق فلا يلزمه ويلحقه ان لم يكن بينهما خلطة ووجه ذلك ان الكفالة نوع من المعاوضة مبنى على المشاحة بين الكفيل ومن تكفل له فأشبه البيع (مسئلة) وان أوصى ان لى عند فلان كذا حلف المدعى عليه من غير اثبات خلطة رواه فى العتبية أشهب وابن نافع عن مالك وقاله ابن كنانة وقال ان الميت عند موته أقرب ما يكون الى الصدق فيوجب من ذلك ماتوجبه المخالطة وماقاله له وجه لان لقول المدّعى عند موته تأثيرا فى تحقيق الدعاوى الموجبة للايمان بناء على قول مالك فى قول المدمى دمى عند فلان (مسئلة) ومن ادّعى ثوبا بيد انسان انه له فاليمين على المدّعى عليه لانه ليس كل من له ثوب أو عرض يمكنه اثباته بالبينة ولو احتيج الى ذلك لتعذر حفظ الشهود له وضبطهم لذلك مع كثرته ولزمهم من مراعاته مايشق فيؤدّى ذلك الى ابطال الحقوق فلذلك يثبت فى مثله اليمين بغير خلطة (مسئلة) والصناع يتعين عليهم اليمين لمن ادّعى عليهم فى صناعتهم دون اثبات خلطة قاله يحيى بن عمر وقال لانهم نصبوا أنفسهم للناس وهذا يلزم عليه تجار السوق فانهم نصبوا أنفسهم للشراء من الناس والبيع منهم غير أن الفرق بينهم ان الصناع نصبوا أنفسهم لما يوجب عليهم المطالبة بالعمل والمعمول خاصة دون أن يكون لهم على أحد مطالبة بمثل ذلك (مسئلة) والعبد المأذون فى التجارة يبيع متاعا فيقتضى الثمن هو وسيده فيدّعى المتبايعون قضاء السيد بعض الثمن قال ابن عبدوس وابن سحنون عن مالك عليه اليمين ان أنكر ووجه ذلك ان اليمين التى تعتبر فيها المخالطة

﴿ القضاء فى الدعوى ﴾ * قال يحيى قال مالك عن حميد بن عبد الرحمن المؤذن انه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضى بين الناس فاذا جاءه الرجل يدعى على الرجل حقا نظر فان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف الذى ادعى عليه وان لم يكن شئ من ذلك لم يحلفه * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا انه من ادّعى على رجل بدعوى نظر فان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدعى عليه فان حلف بطل ذلك الحق عنه وان أبى أن يحلف ورد اليمين على المدعى فحلف طالب الحق أخذ حقه

انما هي ما حققت دعوى تناولت معاوضة لان المدعى عليه منكر لسببها وأما من ادعى عليه قضاء دينه فلا اعتبار فيها بالخلطة لانه مقر بها بالثمن قد أوجب على نفسه اليمين وكان ذلك بمعنى ومن أوصى ان لفلان عليه دينا فطلب الورثة يمين المقر له ان حقه لحق قال ابن كنانة لا يأخذها حتى يحلف وقد قضي عليه عندنا في مثل هذا مرة باليمين ومرة بلا يمين ومعنى قوله ان حقه لحق ير يد لباق لم يقبضه واما أن يحلف على تحقيق ما أوصى به الميت فلا معنى لذلك وجه اثبات اليمين عليه لجواز أن يقبضه بعد الاقرار ووجه نفي اليمين ان الموصى قد صدقه في حياته ومات على تصديقه ولم يقبضه أحد بعد موته لان القضاء انما يكون من فعل الوارث وهو يعلم انه لم يقبضه فلا معنى لاستحلافه (مسئلة) وانما تجب اليمين في الدعاوى مع تحقيقها وتحقيق الانكار ولو قال رجل لرجل انا أحلف أن لي عليك كذا لم يلزمه يمين حتى يحقق يمينه من كتاب ابن المواز (مسئلة) فاذا لم تكن خلطة وكان المدعى عليه متهما فهل تجب اليمين عليه بمجرد الدعوى فقد قال سحنون يستحلف والمشهور من المذهب المنع من ذلك واحتج سحنون على قوله هذا بأن للتهمة تأثيرا في الأحكام لان مالكا قال في المرأة تدعي أن رجلا ممن يشار اليه بالخير استكرهها انها تحد وان كان يشار اليه بذلك نظر الامام فيه فالتهمة توجب ما توجبه الخلطة من اليمين ووجه القول الثاني ان حكم العدل والفاجر في الايمان التي تحقق فيها الدعاوى سواء وانما يختلف في يمين التهمة والله أعلم

(الباب الثاني في تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها)

اذا ثبت اعتبار الخلطة فالخلطة المعتبرة روى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية قال هي أن يسالفه مبايعة ويشتري منه مرارا وان تقابضا في ذلك السلعة والثمن وتفاصلا قبل التفرق وقاله أصبغ وقال سحنون لا تكون الخلطة الا بالبيع والشراء من الرجلين ير يد المتداعيين وجه القول الاول أن المسالفة واتصالها من المتداعيين تقتضي التعامل ويشهد للبائع أنه اذا كان يسلف كل واحد منهما صاحبه جاز أن يبايعه وربما كانت هذه الدعوى من جهة السلف فيثبت بينهما بذلك ما يوجب اليمين وجه قول سحنون ان الخلطة انما تعتبر في ديون المبايعة فيجب أن يكون الاعتبار بها (مسئلة) ولا تثبت بين أهل السوق مخالطة بكون المتداعيين من أهل السوق حتى يثبت التبايع بينهما قاله المغيرة وسحنون قال سحنون وكذلك القوم يجتمعون في المسجد للصلاة والأنس والحديث فانه لا يثبت بينهما بذلك خلطة ووجه ذلك ما قدمناه من أن التداعي من جهة البيع فيجب أن تثبت بينهما خلطة بسبب البيع (مسئلة) واذا كانت الخلطة بتاريخ قديم وانقطعت بقي حكم المخالطة بينهما قاله أصبغ وسحنون وقال ابن المواز ان قال المدعى عليه قد كانت بيننا خلطة وانقطعت فان ثبت انقطاعها لم يحلف الا بخلطة ثانية مجددة تثبت ببينة وان قضى له عليه اليوم بمائة دينار أقام فيها بينة ثم جاء من الغد يدعي عليه حقا آخر فلا يمين له عليه بسبب تلك الخلطة لانقطاعها حتى يقيم بينة على خلطة لم ينقطع أمرها والى نحو هذا ذهب ابن حبيب وقال ان من قبض حقه من مخالطة قديمة ببينة ثم ادعى حقا غيره لا يعرف له سبب فلا يحلفه بالخلطة الاولى فقول أصبغ وسحنون يقتضي ان معرفة الخلطة بينهما توجب اليمين في دعاويهما دون أن يعرف سبب تلك الدعاوى وان عرف انقطاع الدعاوى وقول ابن المواز وابن حبيب تقتضي أن كل معاملة تجري بينهما يلزم معرفتها ومعرفة التعامل بينهما من وقتها والا لم تلزم اليمين

(الباب الثالث فيما تثبت به الخلطة)

أما ماتثبت به الخلطة فاقرار المدعى عليه بها والبينة تشهد بها قاله ابن المواز وأما من أقام شاهدا واحدا بالخلطة ففي المجموعة عن ابن كنانة ان شهادة رجل واحد وامرأة واحدة توجب اليمين انه خليطة وروى عيسى عن ابن القاسم في المدنية مثل قول ابن كنانة في الشاهد وقال ابن المواز اذا أقام بالخلطة شاهدا واحدا احلف المدعى معه وتثبت الخلطة ثم يحلف حينئذ المدعى عليه واحتج ابن كنانة بقوله انما هو أمر لا يجب به عليه غير اليمين فتثبت بسبب أو بشيء يريد مما تقوى به دعوى المدعى والله أعلم وأحكم ووجه قول ابن المواز انه معنى يثبت فلا يثبت الا بما يثبت به الحقوق ولما اختص بالمال ثبت بما ثبت به المال من الشاهد واليمين (مسئلة) ومن أثبت حقه ببينة فدفعها المطلوب بعداوة فقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في العتبية هو كمن لم يشهد له وقال سحنون مثله قال أبو بكر بن محمد وقد قيل يحلف وجه القول الاول ان البينة المردودة لما لم تؤثر فيما شهدت به من الحق فبأن لا تؤثر في غير ذلك مما لم يشهد به من الخلطة أولى ووجه القول الثاني ان هذه البينة وان كانت قد ردت بعد القبول فان حكمها حكم الارث في ايجاب اليمين والشاهد في الدماء

(فصل) وقوله وكان عمر بن عبد العزيز يقضي بين الناس فاذا جاءه الرجل يدعى على الرجل حقا يقتضي ان الدعاوى انما تكون على الحاكم وقد كان عمر بن عبد العزيز أميرا على المدينة ثم كان خليفة ويحتمل انه كان يقضي في الحالتين أو في احداهما فأما الخليفة فلا خلاف في جواز حكمه وقد حكم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وانما استقضى القضاة حين اتسع الأمر وشغل الخلفاء (مسئلة) وأما أمير غير مؤمر يريد انه غالب مالك للامر فقد قال ابن الماجشون ومطرف وأصبغ في الواضحة هو كالخليفة ينفذ حكمه الا في جور أو خطأ بين يريد فلا يجوز حكمه قال وان كان مؤمرا يريد ولاه غيره يفوض اليه حكومة فلا يجوز حكمه ولا أن يستقضي غيره وان فعل لم ينفذ حتى يفوض اليه نصا فيكون له حينئذ أن يستقضي قاضيا ويجوز حكمه وحكم قاضيه وقال ابن القاسم في المجموعة اذا كان مثل والي الاسكندرية أو والي الفسطاط أمير الصلاة فان قضاءه ماض وقضاء قاضيه الا في جور بين ونحوه روى عن سحنون وزاد فان لم يكن الامير عدلا لم يجز قضاؤه وجه قول ابن الماجشون ان الولاية اذا كانت بغلبة وملكة للامر فهي عامة واذا ولاه غيره فهي مقصورة على ما ولاه اياه دون غير ذلك فاذا لم يول على القضاء والاحكام وتقديم الصلاة لم يكن له ووجه قول ابن القاسم ان ولاية الامارة عامة فتشتمل على معنى القضاء وان لم ينص عليه (مسئلة) واذا قضى صاحب السوق في الاموال والارضين وللناس قاض أو مات قاضيهم فقد قال سحنون في كتاب ابنه والمجموعة ان جعل اليه ذلك الامير الذي يولي القضاة كأمير مصر وافريقية والاندلس جاز قضاؤه اذا كان عدلا فقيها وان لم يجعل ذلك اليه لم يجز قضاؤه الا فيما أذن له فيه (مسئلة) ووالي المياه اذا جعل اليه الامير القضاء وكان عدلا وحكم بصواب جاز حكمه وان لم يكن عدلا لم يجز قضاؤه قاله سحنون في كتاب ابنه وكتاب ابن عبدوس ووجه ذلك ان العدالة شرط في صحة الحكم فاذا قدم للقضاء والي المياه أو غيره ووجدنا فيه شروط القضاء من العدالة وغيرها صحت أحكامه وان عدمت لم يصح ذلك منه وبالله التوفيق (مسئلة) ولو حكم رجلان بينهما رجلا فقضى بينهما فقضاؤه جائز قاله مالك في المجموعة قال ابن القاسم وان قضى بما يختلف فيه ويرى القاضي خلافه فحكمه ماض الا في جور بين وقاله سحنون في كتاب ابنه ووجه ذلك انهما قدماه للحكم بينهما بما يراه والتزما ذلك فلا يلزمهما ذلك الا بموافقتهما

عليه وموافقته هو لهما في ذلك (فرع) ومتى يلزمهما ذلك قال ابن القاسم في المجموعة اذا حكماه وأقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما قبل ان يحكم قال أرى ان يقضي بينهما ويجوز حكمه ونحوه في كتاب ابن حبيب لمطرف وأصبغ قال مطرف له النزوع قبل نظر الحاكم بينهما في شيء فأما بعد ان ينشبا في الخصومة عنده ونظره في شيء من أمرهما فلا نزوع لواحد منهما ويلزمهما التمادي قال أصبغ كما ليس له اذا تواضعا الخصومة عند القاضي أن يوكل وكيلا أو يعزل وكيلا له وقال ابن الماجشون ليس لاحدهما أن يبدو له كان ذلك قبل أن يفاتحه صاحبه أو بعدما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما كحكم السلطان لمن أحب منهما أو كره نظر لصاحبه كما ينظر السلطان في حق الغائب وقال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه لكل واحد منهما ان يرجع في ذلك ما لم يمض الحكم فيه فاذا أمضاه بينهما فليس لأحدهما أن يرجع فيه ووجه القول الاول بانه لا يلزم بالتحكيم وهو قول ابن القاسم ومن تابعه انه عنده من باب الوكالة لوجهين أحدهما انه حاكم خاص والولاية عامة والثاني أن حكمه انما يكون باذن من يحكم له أو عليه وهذا معنى الوكالة وأما الولاية فانه لا يعتبر في ذلك تحكيم المتخاصمين وهي عند ابن الماجشون من باب الولاية لاختصاصها بالحكم على المتخاصمين بخلاف ما يرضيان به والوكالة لا تكون بحضرة الموكل الا بما يرضاه وجه قول ابن القاسم انه يلزم بشروعه في النظر بينهما ولا يلزم بالقول ما احتج به أصبغ منه امن انها كالوكالة لا يصح للموكل أن يعزل وكيله بعدما شرع في الخصومة عند القاضي وله ذلك قبل أن يشرع فيها ووجه قول ابن الماجشون انه يلزم بالتحكيم ورضاه به لأنه يحكم بين آدميين فلزم بالقول كالتحكيم بين الزوجين ووجه قول سحنون ان الخصومة عند القاضي يتعلق بها حق التنفيذ للقاضي لأن ذاك لازم له وهذا الوكيل لا يشرع عند غيره فهو بمنزلة الوكيل على النظر للموكل له أن يعزله متى شاء عما يستقبل من عمله دون القاضي والله أعلم (مسئلة) ولو حكم المتخاصمان رجلين فحكم أحدهما ولم يحكم الآخر فان ذلك لا يجوز له قاله سحنون في كتاب ابنه ولو حكم جماعة فاتفقوا على حكم نفذوه وقضوا به جاز قاله ابن كنانة في المجموعة ووجه ذلك انهما اذا رضيا بحكم رجلين أو رجال فلا يلزمهما حكم بعضهم دون بعض كما لو وكل رجل رجلين يشتريان له ثوبا أو يطلقان امرأته ففعل ذلك أحدهما لم يلزمه واذا اتفقا على ذلك فقد وجد الحكم من جميع من تراضيا بحكمه كما لو كان واحدا فانفرد بحكمه على الصواب وهذا كما نقوله في الحكمين بين الزوجين وفي جزاء الصيد انه يجوز من اثنين ولا يجوز أن يولى رجلين القضاء على ان يحكما جميعا في حكومة واحدة يشهد بها الشهود عند كل واحد منهما ولا ينفذانها الا باتفاق منهما ولا أن يتفق قاضيان على ان ينظرا في قضية واحدة لا ينفذ الا بانفاذهما ولا خلاف في ذلك بين المسلمين ويكفي في ذلك ما اتصل به العمل منذ بعث الله محمدا صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا في جميع الاعصار والبلاد لم يعلم انه جرى شيء من ذلك الى أن ظهرت هذه البدعة بأندة من كور الاندلس فتولى التقديم فيها للقضاة رجل مسرف على نفسه مع فرط جهله فقدم ثلاثة لا ينفذ أحدهم فيها قضية الا باتفاق منهم ولقد بلغني ان الشهود كانوا يشهدون عند الاول فيكتب على شهادة الشاهد شهد ثم يشهد ذلك الشاهد عند الثاني فيكتب على شهادته عندنا ثم يشهد عند الثالث فيكتب على شهادته فيحصل بما كتبوه شهد عندنا فأما أحدهم فنزع عن ذلك ولا أراه الا بلغه انكاري للامر وأما الآخران فأصرا وتماديا على ضلالتهما وسوغ لهم حكام الجزيرة وفقهاؤهم ذلك لقلة مراعاتهم لهذا المعنى والفرق بين القاضي المولى للقضاء وبين الرجلين يحكمانهما الخصمان بينهما ان القضاء ولاية كالامارة والامامة

فلاتصح من اثنين ويكفي في ذلك ماقام به الانصار يوم السقيفة وقالوا للمهاجرين منا أمير ومنكم أمير فقال عمر لسيفان في غمد لايصطلحان أبدا ورجع الناس الى قول أبي بكر وعمر والمهاجرين وأجمعوا عليه ووجه ثان ان امامة الخلافة تشتمل على معنيين على الصلاة والأحكام وهي أصل التقديم فيهما فكما لايجوز أن يتقدم رجلان يصليان بالناس صلاة واحدة كذلك لايجوز أن يقدم للناس حاكمان يحكمان جميعا في كل حكم ووجه ثالث وهو ان الامام انما قدم للاحكام من يرضى دينه وأمانته وعلمه ومن يحكم بين الناس بما يؤديه اليه اجتهاده وهذا ينافي مقارنة آخر له لايجوز حكمه الا بموافقته عليه لان هذه صفة من يخاف عليه الضلال لكثرته منه وتقصيره عن القيام بالحق قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا خلاف ان حكم الواحد هو المشهور المعلوم الظاهر الذي لايعرف غيره ولم ينقل عن أحد من الأمة سواه كما أن كل واحد من الشاهدين يقوم مقام شاهد كامل العدالة فاذا تعذر ذلك لكثرة حاجة الناس الى الشهادات وانه لم يول أحد هذا فيعول فيه عليه فالمرأتان لنقصان دينهما يقومان مقام الرجل الواحد ولا يقام رجلان من الشهداء مقام رجل فكذلك لايصح أن يقام حاكمان مقام حاكم واحد ولو جاز ذلك لجاز تقديم النساء وتوليتهن الحكومة فتقوم امرأتان مقام رجل وهذا باطل باتفاق ومما يجري مجرى هذا ماجرى ببلدنا بجهة الرقة فانهم قدموا للقضاء ابن عمر وكان رجلا أعمى ولا خلاف بين المسلمين في ذلك من المنع والتحريم له وبه قال أبو حنيفة والشافعي وبلغني ذلك عن مالك وقد أنكرت هذا حين وقوعه * وفيما بقي من مسئلة التحكيم بابان * أحدهما في صفة من يجوز تحكيمه * والثاني في تبيين الاحكام التي يجوز التحكيم فيها

(الباب الاول في صفة من يجوز تحكيمه)

فاما صفة من يحكم فأن يكون رجلا حرا مسلما بالغا عاقلا عدلا رشيدا قال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه لو حكما مسخوطا أو امرأة أو مكاتبا أو عبدا أو كافرا فالحكم بينهما فحكمه باطل قال ابن الماجشون في المجموعة وكذلك المولى عليه وقال في الواضحة وكذلك الصبي والمسخوط والنصراني قال أشهب وكذلك الصبي والمعتوه والموسوس وان أصابوا الحكم لم يجز حكمهم وقاله مطرف في العبد والمرأة وقال أشهب في كتاب ابن سحنون ان حكما بينهما امرأة فحكمها ماض اذا كان مما يختلف الناس فيه وكذلك العبد والحر المسخوط وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان كان العبد والمرأة بصيرين عارفين مأمونين فان تحكيمهما وحكمهما جائز الا في خطأ بين وقاله أصبغ وأشهب قال ابن حبيب وبه آخذ وقد ولى عمر الشفاء وهي أم سليمان بن أبي حثمة سوق المدينة ولا بد لوالي السوق من الحكم بين الناس ولو في صغار الامور وقال أصبغ ان حكما مسخوطا فحكم فأصاب جاز وكذلك المحدود والصبي اذا كان قد عقل وعرف وعلم فرب غلام لم يبلغ له علم بالسنة والقضاء وأصل هذا كله ان من جعله من باب الوكالة لم يراع فيه شيأ من ذلك اذا لم يكن ذاهب العقل ومن جعله من باب الولاية في حكم خاص لم يجز فيه الا من قدمنا وصفه قبل هذا ممن اجتمعت فيه صفات الحكم

(الباب الثاني في تبيين الاحكام التي يجوز التحكيم فيها)

وانما يصح حكمه بين الخصمين بحكمانه في الأموال وماجرى مجراها ولا يجوز له أن يقيم حدا ولا يلاعن قاله سحنون وقال أصبغ لايقضي بينهما في قصاص ولا حد قذف ولا عتق ولا طلاق ولا نسب ولا ولاء لان هذه أشياء لايقطعها الا الامام قال أصبغ فان حكماه فحكم فيما ذكرنا انه لايحكم فيه نفذ حكمه وينهاه

السلطان عن العودة ووجه ذلك ان هذه أمور لها قدر فيحتاط لها بان لا يحكم فيها الا من قام بالولاية العامة لان ذلك لا يكون الا بعد معرفة الامام باحواله التى يقتضى ذلك له أو يؤمن فى الأغلب أمره أو من قدمه الامام أو الحاكم لمعنى يختص به فى ضرورة داعية اليه والله أعلم

﴿ القضاء فى شهادة الصبيان ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك عن هشام بن عروة أن عبد الله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ولا تجوز على غيرهم وانما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها لا تجوز فى غير ذلك اذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخببوا أو يعلموا فان افترقوا فلا شهادة لهم الا أن يكونوا قد أشهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يفترقوا ﴾ ش قوله ان عبد الله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح وهو قول أهل المدينة و به قال على بن أبى طالب ومعاوية ومن التابعين سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمر بن عبد العزيز ومنع من ذلك أبو حنيفة والثورى والشافعى وروى ذلك عن ابن عباس وقال مالك معناه عندنا فى شهادتهم على الكبار وروى وكيع عن ابن جريج عن أبى مليكة ما رأيت القضاة أخذت الا بقول ابن الزبير والدليل على ما ذهب اليه على ومن تابعه ما احتج به شيوخنا من أن الدماء يجب الاحتياط لها والصبيان فى غالب أحوالهم ينفردون فى ملاعبهم حتى لا يكاد أن يخالطهم غيرهم و يجرى بينهم من اللعب والترامى ما ربما كان سببا للقتل والجراح فلو لم يقبل بينهم الا الكبار وأهل العدل لأدى ذلك الى هدر دمائهم و جراحهم فقبلت شهادتهم بينهم على الوجه الذى يقع على الصحة فى غالب الحال وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى (فرع) اذا ثبت ذلك ففى ذلك ثلاثة أبواب * الباب الأول فى ذكر من تجوز شهادته منهم * والباب الثانى فى تبيين الحالة التى تجوز عليها شهادتهم * والباب الثالث فى حكم من تجوز شهادتهم

(الباب الأول فى ذكر من تجوز شهادته منهم)

اتفق أصحاب مالك على أنها تجوز شهادتهم فيما دون القتل من الجراح واتفقوا على أنها لا تجوز فى الحقوق قال سحنون انما أجزتها فى الجراح ولم أجزها فى الحقوق للضرورة لان الحقوق يحضرها الكبار ولا يحضرون فى جراح الصغار فى الأغلب ولو حضرها كبير لم تجز شهادتهم قيل له فيلزمك على هذا الغصب أن يغصب بعضهم بعضا ثوبا قال غيره قد يقبل فى الدماء ما لا يقبل فى الأموال احتياطا للدماء (مسئلة) واختلف أصحابنا فى جوازها فى القتل فروى ابن القاسم عن مالك فى كتاب ابن سحنون انها تجوز بينهم فى القتل ومنع من ذلك أشهب وجه قول مالك ان شهادتهم انما أجيزت للاحتياط للدماء ولذلك لم تجز فى الحقوق والاحتياط للنفوس أعظم من الاحتياط للجراح فاذا لم تتكرر لكثرة لعبهم وترامبهم بالحجارة وغيرها فانما جوز للضرورة فيما يكثر بينهم مما انفردوا به دون ما يقل و يندر ولذلك لم يجز فى الحقوق والغصب فانه يقل بينهم و يندر حال انفرادهم (فرع) فاذا جوزت فى القتل فقد قال غير واحد من أصحاب مالك لا يجوز فيه حتى يشهد العدول على رؤية البدن مقتولا وجه ذلك أنها شهادة أجيزت للضرورة فلا تثبت الا بثبوت أصلها وما يتعلق فيه شهادة العدول كشهادة النساء على الاستهلال والقتل (مسئلة) ومن ذا الذى تجوز شهادته من الصبيان روى عن مالك أنها تجوز شهادة الذكور دون الاناث وقال أشهب لا تجوز شهادة الاناث

﴿ القضاء فى شهادة الصبيان ﴾

* قال يحيى قال مالك عن هشام بن عروة أن عبد الله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ولا تجوز على غيرهم وانما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها لا تجوز فى غير ذلك اذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخببوا أو يعلموا فان افترقوا فلا شهادة لهم الا أن يكونوا قد أشهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يفترقوا

وقال سحنون فى المجموعة اختلف قول ابن القاسم فى شهادة اناثهم فى الجراح فلم يجزها فى كتاب الشهادات وأجازها فى كتاب الديات وقال المغيرة فى كتاب ابن سحنون تجوز شهادة اناثهم وذكورهم فى القتل وقال ابن الماجشون تجوز شهادة اناثهم قال سحنون والذى آخذ به فى ذلك انه تجوز شهادتهم صغارا حيث تجوز كبارا وجه رواية المنع ان الضرورة انما تدعو الى ما يكثر ويتكرر دون ما يقل ويندر وحضور الاناث مع الذكور منهم يقل لاسيما فى المواضع التى يقل منهم مثل هذا فلذلك لم تدع الضرورة الى قبول شهادتهن ووجه الاجازة أن الصغار تجوز شهادتهم فيما انفردوا بحضوره كالذكور (فرع) فاذا قلنا تقبل شهادة الاناث فقد روى معن بن عيسى عن مالك انه يقبل منهم غلام وجاريتان ورواه مطرف عن مالك وقال ابن الماجشون أقل ما يجزىء من شهادة الصبيان غلامان أو غلام وجاريتان ولا يجوز غلام وجارية ولا جوار وان كثرن لانهن وان كثرن مقام اثنتين واثنتان مقام غلام ولا يحكم بشهادة الغلام قال ابن القاسم ولا يكون معه قسامة وقال المغيرة ولا يحلف معه فى الجراح لانه لو شهد معه كبير عدل سقطت شهادته فيمين الولى معه كشاهد معه (مسئلة) قال مالك ولا تجوز شهادة العبد منهم زاد ابن الماجشون ولا شهادة من على غير الاسلام ووجه ذلك ان من لا تجوز شهادة كبارهم لا تجوز شهادة صغارهم كالمجانين والمخبولين وان شهد احرارهم لعبيدهم جاز قاله أشهب فى المجموعة (مسئلة) ولا ينظر فى الصبيان الى عدالة ولا عداوة قاله ابن المواز وابن الماجشون قال محمد ولم يختلف فى أنه لا ينظر الى عدالة ولا جرحة فيهم قال سحنون لان عداوتهم لا عود لها ولا نفع فى موضع العداوة يريد والله أعلم أنه لا يثبت وليس لهم من الحال ما يقصدون به الى أذى من يعاديهم بمثل هذا قال ابن القاسم فى كتاب ابن المواز اذا ثبتت العداوة لم يجز ووجه ذلك أن هذه شهادة فأثر فى ابطالها العداوة كشهادة الكبار (مسئلة) وهل يجوز لذوى القرابة قال ابن المواز لا ينظر فى شهادتهم الى جرحة ولا قرابة وقال عبد الملك تسقط فى القرابة وقال فى المجموعة يجرى مجرى الكبير فى الأبوين والجدود والزوجة فترد فى هذا لانه يجر الى نفسه وقاله سحنون وجه قول ابن المواز انه لم يعتبر بعداوته ولا عدالته فيجب أن لا يعتبر بقرابته لان العداوة تمنع الشهادة بكل وجه والقرابة لا تمنعها الا على صفة مخصوصة فكانت العداوة أبلغ فى رد الشهادة من القرابة فاذا لم تمنع العداوة شهادة الصبيان فبأن لا يمنع منها القرابة أولى وأحرى ووجه قول عبد الملك اعتبارها بشهادة الكبار

(الباب الثانى فى تبيين الحالة التى تجوز عليها شهادتهم)

هى أن لا يكون بينهم كبير وتقيد شهادتهم قبل أن يتفرقوا فأما الكبير يكون معهم فان ذلك يمنع قبول شهادتهم وانما تجوز شهادتهم اذا انفردوا وهو قول مالك وأصحابه وجه ذلك ان شهادتهم انما أجيزت بينهم للضرورة والضرورة انما تكون اذا انفردوا فاذا كان معهم كبير فقد زالت الضرورة وصاروا على حالة يمكن اثبات أحكامهم معها فلم تقبل شهادتهم وقد قال أصبغ فى العتبية لو شهد صبيان أن صبيا قتل صبيا مباغتة وشهد رجلان انه لم يقتله وانهما حاضران حتى سقط الصبى فمات دون أن يضربه أحد أو يقتله فشهادة الصبيان تامة ولا ينظر الى قول الكبيرين كما لو شهد رجلان انه قتله وشهد آخران انه لم يقتله ولا ينظر الى الاعدل قال ابن سحنون أنكر سحنون قول أصبغ هذا وقال قول أصحابنا ان شهادة الكبير بن أحق وانها كالجرحة للصغار وغير هذا خطأ غير مشكل (مسئلة) وسواء كان الكبار رجالا أو نساء لان النساء يجزن فى الخطأ وعمد الصبى كالخطأ قاله كله

سحنون وقال ابن المواز اذا كان معهم كبير رجل أو امرأة شاهداً أو مشهوداً له أو عليه لم تجز شهادة الصغار الا كبير مقتول لم يبق حتى يعلمهم يريد والله أعلم أن يكون قتله بعصا لا يبقى له بعد سببه حياة يعلمهم ويلقنهم الشهادة مثل أن يلقيه أحد الصبيان من علو عظيم لا يصح أن يعيش من سقط منه أو يلقيه من علو في بحر فيغرق أو يضربه بسيف ضربة يبين بها رأسه أو ما جرى مجرى ذلك (مسئلة) وهل تراعى العدالة في الكبير الذي يكون معهم قال مالك اذا شهد صبيان مع كبير لم تجز شهادتهم قال مطرف اذا كان الكبير عدلا فاما اذا كان مسخوطا أو نصرانيا أو عبدا لم تضر شهادة الصبيان وقاله ابن الماجشون وأصبغ وروى ابن سحنون عن أبيه ان كان معهم كبير غير عدل وكان ظاهر السفه والجرحة جازت شهادة الصبيان ثم وقف على اجازتها وجه القول الاول انه اذا كان الذي حضر لا تقبل شهادته فبان لا تؤثر في رد شهادة غيره أولى وجه قول سحنون الآخر في توقفه عن ذلك انه قد صلحت حالهم بحضور الفاسق معهم. عن حال الضرورة والحال المتكررة الى حال يندر ويقل من جريان مثل هذا بينهم لان مثل هذا مختص بموضع يحضره الكبار والله أعلم ولذلك لو شهد الكبير بمثل ما شهد به الصبيان بطلت شهادة الصبيان وقد روى ابن سحنون عن مالك لا يقبل صبي أو صبيان ورجل على صبي ويكلف شهادة رجل آخر ورواه ابن المواز عن أشهب عن مالك فثبت ان الذي يؤثر في منع قبول شهادتهم حضور الكبير دون اعتبار حاله والله أعلم

(فصل) وأما افتراقهم ففي المجموعة من قول مالك انه انما تجوز شهادتهم ما لم يفترقوا أو يخببوا فلا تجوز وجه ذلك انها انما أجيزت شهادتهم للضرورة التي قدمنا ذكرها من انهم ينفردون باللعب بما تكثر به الجراح وربما أدت الى القتل والشرع قد ورد بحفظ الدماء والاحتياط لها بان تثبت بما لا يثبت بها غيرها وبما يوجب القسامة ومثل ذلك لا يجوز في المال وليس لهم من الضبط والثبات ما يمنعهم من الانتقال من قول الى قول ومن رأي الى رأي ولا علمت لهم عدالة يؤمن من ذلك فانما يحكم باول قولهم وما ضبط منه قبل تفرقهم وأما تفرقهم ما لم تقيد شهادتهم قبل التفرق فتبطل شهادتهم فان أشهد على شهادتهم قبل تفرقهم لم يؤثر في شهادتهم تفرقهم وهذا كله معنى قول مالك (مسئلة) ومعنى قوله أن يخببوا أن يدخل بينهم كبير أو كبار على وجه يمكنهم أن يلقنوهم الشهادة ويصرفوهم عن وجهها أو يزينوا لهم الزيادة فيها أو النقصان منها فاذا كان ذلك لم تقبل شهادتهم وبطلت وانما يقبل على الوجه الذي قدمناه (مسئلة) فان اختلفوا في الشهادة فقال اثنان منهم فلان شج فلانا وقال آخران منهم بل شجه فلان ففي النوادر عن مالك انه قال في كتب قدم ذكرها الا كتاب ابن حبيب تبطل شهادتهم ووجه ذلك أن شهادتهم انما تقبل ما لم يكن فيها تهاتر ولو اختلفت اختلافا يقتضي في الكبار الاخذ بشهادة أحدهما لم تبطل بذلك شهادة الصبيان وقد قال ابن الماجشون في المجموعة والعتبية لو شهد صبيان ان صبيا قتل صبيا وشهد آخران انه لم يقتله وانما أصابته دابة قضى بشهادة الذين شهدوا بالقتل ووجه ذلك انهم لو كانوا كبارا عدولا لحكم بشهادة شاهدي القتل فكذلك هذا (مسئلة) وأما رجوعهم عن الشهادة فقد قال ابن وهب عن مالك لا يبالي برجوعهم اذا أشهد على شهادتهم قبل أن يتفرقوا وقال سحنون وهو معنى قول ابن المواز الا أن يرجعوا قبل الحكم وبعد أن صاروا رجالا فيكون ذلك مبطلا لشهادتهم بمنزلة ما لو شهد رجلان ان ما شهد به الصبيان باطل قاله ابن الماجشون في المجموعة

فانهم ان شهدوا بقتل صبي لصبي ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم تلزم العاقلة الدية بلا قسامة وقاله أصبغ قال سحنون وعمد الصبي كالخطأ ووجه ذلك انها شهادة كاملة فاستغنت عن القسامة ووجبت الدية على العاقلة لانه بمنزلة قتل الخطأ والله أعلم (مسئلة) وروى ابن وهب عن مالك فى ستة صبيان لعبوا فى البحر فغرق واحد منهم فشهد ثلاثة على اثنين انهما غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة انهم غرقوه قال القتل على الخمسة لان شهادتهم مختلفة قال ابن المواز هذا غلط لاختلافهم ولا يجوز وكذلك قال ابن حبيب عن مطرف قال ولو كانوا كبارا فاختلفوا هكذا كانت الدية عليهم فى أموالهم لانه صارت شهادتهم اقرارا وقول مالك الاول يقتضى ان اختلاف شهادتهم لا يمنع قبولها لا سيما اذا لم يكن يقتضى التهاتر وابطال بعضها والله أعلم وأحكم

﴿ ماجاء فى الحنث على منبر النبى صلى الله عليه وسلم ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن هشام بن عتبة بن أبى وقاص عن عبد الله بن نسطاس عن جابر بن عبد الله الأنصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبرى آثما تبوأ مقعده من النار * مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن معبد بن كعب السلمى عن أخيه عبد الله بن كعب بن مالك الأنصارى عن أبى أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار قالوا وان كان شيأ يسيرا يا رسول الله قال وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك قالها ثلاث مرات ﴾ ش قوله من حلف على منبرى انما يريد والله أعلم حانثا على وجه يأثم به تبوأ مقعده من النار يريد والله أعلم قعد مقعده من النار وانما ذكر منبره فى هذا الحديث على سبيل التعظيم له والاعلام بتغليظ أمره على من حلف عليه آثما وقد ذكر فى الحديث الثانى حديث أبى أمامة الحارثى انه من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار ولم يذكر منبره وكذلك حديث أبى وائل عن ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرئ مسلم لقى الله تعالى وهو عليه غضبان فأنزل الله تصديق ذلك ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا الآية فعلم بذلك ان ذكر المنبر فى الحديث الأول على معنى التغليظ والله أعلم

(فصل) قوله وان كان قضيبا من أراك على انه لا يلزم اليمين على المنبر فى قضيب من أراك لقلته وتفاهته وانما يجب ذلك فيماله بال لكنه ان وقع من أحد اليمين على منبر النبى صلى الله عليه وسلم فى قضيب من أراك أوشئ تافه فهذا حكمه وليس فى الحديث انه يجبر على اليمين عند المنبر فى هذا المقدار وانما تضمن الحديث حكم من حلف عنده آثما وهذا القول منه صلى الله عليه وسلم وان كان على البت فمن حلف على منبره أو حلف فاقتطع بيمينه حق امرئ مسلم فأوجب له النار فان لشيوخنا فى ذلك قولين أحدهما ان الوعيد ليس من باب الخبر فلا يقال لمن رجع عنه كاذب ولذلك قال الشاعر

وانى وان أوعدته أو وعدته * لمخلف ايعادى ومنجز موعدى

يمدح نفسه باخلاف الوعيد ولو كان ذلك كذبا لما مدح نفسه بها فعلى هذا الوعيد متوجه الى كل عاص وقيل ان الوعيد من باب الخبر وان الخلف فيه ضرب من الكذب وذلك محال فى صفة البارى تعالى فعلى هذا الوعيد متوجه الى كل من علم البارى تعالى انه لا يغفر له وانه لا بد أن يعاقبه

﴿ ماجاء فى الحنث على منبر النبى صلى الله عليه وسلم ﴾

قال يحيى حدثنا مالك عن هشام بن هشام بن عتبة بن أبى وقاص عن عبد الله ابن نسطاس عن جابر بن عبد الله الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبرى آثما تبوأ مقعده من النار * وحدثنى مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن معبد بن كعب السلمى عن أخيه عبد الله بن كعب ابن مالك الانصارى عن أبى أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار قالوا وان كان شيأ يسيرا يا رسول الله قال وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك قالها ثلاث مرات

دون من أراد العفو عنه وقد قال تعالى ذلك وعد غير مكذوب وقال عز من قائل في اسماعيل انه كان صادق الوعد فوصف الوعد بالصدق والكذب

﴿ جامع ما جاء في اليمين على المنبر ﴾

ص ﴿ مالك عن داود بن الحصين أنه سمع أبا غطفان بن طريف المري يقول اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما الى مروان بن الحكم وهو أمير على المدينة فقضى مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر فقال زيد بن ثابت احلف له مكاني قال فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قال فجعل زيد بن ثابت يحلف ان حقه لحق ويأبى أن يحلف على المنبر قال فجعل مروان بن الحكم يعجب من ذلك * قال مالك لا أرى أن يحلف أحد على المنبر على أقل من ربع دينار وذلك ثلاثة دراهم ﴾ ش قضاء مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر هو مذهب أهل المدينة ولم يكن زيد يقول انه لا يلزمه ذلك وانما كان يمتنع منه اعظاما له وقد روي عن عبد الله بن عمر انه كان يكره ذلك وان كان صادقا ويقول أخشى أن يوافق قدرا فيقال ان ذلك ليمينه (مسئلة) واذا ثبت ذلك فاليمين تغلظ بالمكان في الأموال وغيرها من الحقوق قال في المدونة على الطالب والمطلوب وبه قال الشافعي ومنع من ذلك أبو حنيفة والدليل على ما نقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على منبري آثما تبوأ مقعده من النار وهذا يقتضي ان له تأثيرا في الأيمان وتعلقا بها ولا يفعل ذلك أحد في الغالب مختارا فثبت انه انما توجه الى الحكم به والا بطلت فائدة التخصيص ومن جهة المعنى ان التغليظ يتعلق بالكثير من الأموال للردع عنها كالقطع في السرقة (مسئلة) وهل تغلظ بالزمان أم لا روى ابن كنانة عن مالك في كتاب ابن سحنون يتحرى بأيمانهم في المال العظيم وفي الدماء واللعان الساعات التي يحضر الناس فيها المساجد ويجتمعون للصلاة وما سوى ذلك من مال وحق ففي كل حين وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يحلف حين الصلوات الا في الدماء واللعان فأما في الحقوق ففي أي وقت حضر الامام استحلفه قاله ابن القاسم وأصبغ وجه القول الأول قوله تعالى تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشتري به ثمنا وهذه يمين في مال فجاز أن يغلظ بالزمان كاللعان والقسامة (مسئلة) هل تغلظ الايمان بتكرر الصفات روى ابن كنانة عن مالك في كتاب ابن سحنون يحلفون فيما يبلغ من الحقوق ربع دينار وفي القسامة واللعان على المنبر بالله الذي لا إله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ما كانت فيه يمين واحدة حلف هكذا وما رددت رددت هكذا وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن الأيمان في الحقوق والدماء واللعان وفي كل ما فيه اليمين على المسلمين بالله الذي لا إله الا هو زاد ابن المواز والحر والعبد سواء وهذا هو المشهور من مذهب مالك وبه قال ابن القاسم ورواه عن مالك في المدونة وجه القول الاول وهو مذهب الشافعي ان هذا معنى تغلظ به الايمان فجاز أن يحكم بها أهل ذلك الزمان والمكان وجه القول الثاني ان هذه الصفات كثيرة لا يمكن أن تستوعب وليس ما نورد منها بأولى من غيرها وما يغلظ به من غيرها فله غاية لا تلحق المشقة ببلوغها ومن جهة القياس ان هذا معنى يقتضي التكرار فلم تغلظ به الايمان في الاموال كتكرار اليمين (مسئلة) واتفق أصحابنا على ان الذي يجزىء من التغليظ باليمين والله الذي لا إله الا هو فان قال والذي لا إله الا هو أو قال والله فقط فقد قال أشهب لا يجوز ذلك حتى يقول والله الذي لا إله الا هو (مسئلة) ويمين الحر والعبد

﴿ جامع ما جاء في اليمين على المنبر ﴾

* قال يحيى قال مالك عن داود بن الحصين انه سمع أبا غطفان بن طريف المري يقول اختصم زيد ابن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما الى مروان ابن الحكم وهو أمير على المدينة فقضى مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر فقال زيد بن ثابت احلف له مكاني قال فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قال فجعل زيد بن ثابت يحلف ان حقه لحق ويأبى أن يحلف على المنبر قال فجعل مروان بن الحكم يعجب من ذلك قال مالك لا أرى أن يحلف أحد على المنبر على أقل من ربع دينار وذلك ثلاثة دراهم

والنصرانى فى الحقوق سواء وفى المدونة ويحلف النصرانى بالله فقط ولا يزاد عليه الذى أنزل الانجيل على عيسى واليهودى والنصرانى عند مالك سواء قال ابن القاسم والمجوس يحلفون بالله

(فصل) وأما التغليظ بالمكان فهو بالجامع وهو المسجد الاعظم الذى تقام فيه الجمعة قاله مالك فى المدونة وغيرها وهل يكون تغليظها بسائر المساجد فى النوادر لا يحلف فى مساجد القبائل فى قليل ولا كثير وروى ابن سحنون عن مالك ما علمت انه يحلف فى مساجد الجماعات كالامصار روى عنه ابن القاسم فى كتاب ابن المواز يحلف فى مساجد الجماعة فيماله بال ولا أشك انه يحلف فيها فى ربع دينار * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه فيحتمل عندى أن يريد المسجد الجامع فقد روى عنه ابن وهب ان المرأة تحلف فى المسجد قال يريد المسجد الجامع تخرج اليه بالليل ويحتمل أن يريد غيره من المساجد فقد روى ابن سحنون عن أبيه فى امرأتين ادّعى عليهما فى أرض ودور وهما ممن لا تخرجان فارى أن تخرجا من الليل الى الجامع قال فسئل ان يحلفهما فى أقرب المساجد اليهما وشق عليهما الخروج الى الجامع فأجاب الى ذلك فهذه المسئلة نص فى ان اليمين كانت فى غير الجامع والظاهر ان سحنونا هو الذى أسعف سؤال السائل فى ذلك لما يراه من المصلحة وهذا يقتضى انه حق للحكم فى مثل هذه المسئلة وجه ذلك انه معظم من المساجد فجاز ان تغلظ به الايمان مع ارادة الستر لمن ثبت ذلك فى حقه كالجامع ووجه الرواية الاولى ان التغليظ انما هو على معنى المبالغة وذلك يقتضى اختصاصه بأعظم المساجد حالا ولذلك يختص بأرفع المساجد مكانا والله أعلم قال الشيخ أبو القاسم لا يحلف عند منبر النبى صلى الله عليه وسلم فى أقل من ربع دينار ويحلف على أقل من ذلك فى سائر المساجد (مسئلة) اذا قلنا ان اليمين تكون فى المسجد الاعظم فانها تكون فى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم عند المنبر * قال مالك ولا أعرف المنبر فى سائر الآفاق وانما أعرف منبر النبى صلى الله عليه وسلم ولكن للمساجد مواضع هى أعظم زاد ابن سحنون عن مالك ولكن يحلف حيث يعظم فيه فيحتمل من جهة اللفظ ان يريد بقوله لا أعرف المنبر فى المساجد المنع من اتخاذ المنبر فى مساجد الآفاق وقد أجمع المسلمون من عهد الصحابة على اتخاذها فى كل بلد وهو من أعلم الناس بها فمحال أن يريد هذا والصحيح انه أراد بذلك انه لا يعرف ان حكم سائر المنابر فى البلاد حكمها فى ذلك حكم منبر النبى صلى الله عليه وسلم وانما هذا حكم يختص بمنبر النبى صلى الله عليه وسلم وقد روى ابن وهب عن مالك لا يحلف عند منبر من المنابر الا عند منبر النبى صلى الله عليه وسلم وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون يستحلفون فيماله بال أو فى ربع دينار فى المدونة عند منبر النبى صلى الله عليه وسلم وبغيرها فى مسجدهم الأعظم حيث يعظمون منه عند منبرهم أو تلقاء قبلتهم ووجه ذلك عندى والله أعلم ان منبر النبى صلى الله عليه وسلم فى وسط المسجد وهو فى موضعه الذى كان فيه زمن النبى صلى الله عليه وسلم وهو بعيد من القبلة والمحراب الذى أحدث حين زيد فى المسجد لأن حائط القبلة نقل من قرب المنبر حين زيد فى المسجد فصار المنبر فى وسط المسجد فكانت اليمين عند المنبر أولى لأنه موضع مصلى النبى صلى الله عليه وسلم وعند منبره وأما القبلة والمحراب فشئ بنى بعده وأما منابر سائر المساجد فعند المحراب فمن حلف فانما يحلف عند المحراب بقرب المنبر وأعظم شئ فى المساجد المحاريب ولو اتفق أن يكون فى بعض البلاد المنبر فى وسط المسجد لكانت اليمين عند المحراب دون المنبر فهذا معنى قول مالك والله أعلم ومعنى قول الشيخ أبى القاسم لا يحلف عند منبر من المنابر الا عند منبر النبى صلى الله عليه وسلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهذا حكم الرجال

والنساء فمن كانت من النساء تخرج وتتصرف فحكمها في ذلك حكم الرجال ومن كانت منهن لا تخرج نهارا خرجت ليلا قاله ابن القاسم عن مالك قال ابن القاسم وأم الولد في ذلك بمنزلة الحرة من كانت منهن تخرج ومن كانت لا تخرج قال والحر والعبد سواء وكذلك المكاتب والمدبر سواء وأما اليهود فيحلفون في كنائسهم والنصارى في بيعهم والمجوس حيث يعظمون رواه ابن القاسم عن مالك وقاله مطرف وابن الماجشون في الواضحة ووجه ما قدمناه من التغليظ بالمكان فيغلظ على حكم أهل كل شريعة بالمواضع التي يعظمون

(فصل) والمقدار الذي يلزم فيه اليمين في الجامع وفي المواضع التي تعظم منه في حق الرجال ومن كان حكمه حكمهم من النساء * قال مالك لا يستحلف في المدينة عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم الا في ربع دينار أو في ثلاثة دراهم وهو كان ربع دينار وقال الشافعي لا تغلظ الأيمان الا في مائتي درهم أو عشرين دينارا ودليلنا على ذلك ان ربع دينار قد يتعلق به القطع في السرقة كالعشرين دينارا (مسئلة) ولا تغلظ الايمان بما ذكرناه في أقل من ربع دينار وحكى القاضي أبو محمد ان بعض المتأخرين قال ان الأيمان لا تكون الا عند المنبر في القليل والكثير والدليل على ما نقوله ان هذا نوع من الردع عن المال فلم يتعلق بالقليل منه كالقطع في السرقة ووجه ثان وهو ان هذا ابتذال للموضع مع ما يلزم من تعظيمه وتوقيره وروى عن عبد الرحمن بن عوف انه رأى رجلا يحلف عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال أعلى دم قالوا لا قال أفعلى عظيم من المال لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان ولم ينكر ذلك عليه أحد وقد احتج بها القاضي أبو محمد (مسئلة) وأما من لا تخرج من النساء نهارا أو تخرج ليلا فتحلف في الجامع ففي كم تخرج قال مطرف وابن الماجشون تخرج في ربع دينار وروى ابن المواز عن أبي القاسم لا تخرج فيه ولا تخرج الا في المال الكثير الذي له بال وجه القول الاول ان هذا شخص تغلظ عليه اليمين في المال فغلظت في ربع دينار كالرجل ووجه القول الثاني ان المرأة التي لها القدر يلزمها من التصاون ما لا يلزم الرجال فلا تبتذل بالايمان في الجوامع الا في القدر الكثير الذي يحتاج ردع مثلها عن مثله (مسئلة) ومن باع ثوبا فوجد به المبتاع عيبا فادعى البائع انه أعلمه به وتبرأ اليه منه قال ابن المواز عن أصبغ ان كان نقصان العيب ربع دينار فأكثر لم يحلف الا في الجامع ووجهه ان المراعى في ذلك ما تداعيا فيه وهو قدر العيب وفيه تجب اليمين (مسئلة) ولو ادعى رجل على رجلين أو رجال ربع دينار فقد روى في العتبية ابن القاسم عن مالك لا يستحلفون الا في الجامع قيل له أيستحلفون عند المصحف فقال بل يستحلفون عند المسجد ووجه المنع من استحلافهم ان كل واحد منهم انما يستحلف في أقل من ربع دينار ولو نكل عن اليمين لم يجب عليه الا قدر حصته منه وقوله بل يحلف في المسجد منع من أن يقصد الى التغليظ عليهم بجامع أو عند المصحف وقال بل يحلفون في المسجد ولعله أراد ان الحاكم الذي يقضي بذلك في الأغلب يكون في المسجد على أصله ومذهبه فيحلف في موضعه ولا يقام منه الى موضع تغلظ عليه فيه اليمين وفي كتاب ابن المواز لا يحلفون في الجامع ولا عند المنبر الا في ربع دينار ولعله يريد لا يحلفون اليه على سبيل التغليظ والله أعلم (مسئلة) وأما من وجبت عليه يمين في طلاق أو عتاق أو نكاح أو غير ذلك مما ليس بمال ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في عبد حنث في يمين بطلاق فقال حلفت بواحدة وسيد الزوجة شهد عليه بالبينة فقال ابن القاسم يحلف عند المنبر ما حلف الا بطلقة ووجه ذلك ان صداق الزوجة لا يكون أقل من ربع دينار فلا يحلف في عوضه الا عند المنبر لانه لا يصلح أن

يكون قيمته أقل من ذلك (مسئلة) وأما صفة الحالف حال يمينه فروى ابن القاسم عن مالك يحلف الرجل قائما الامن به علة ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى الرجال والنساء فيما ادّعى عليهم لو اقتطعوه بأيمانهم فى ربع دينار ومالم يبلغه فانما يحلفون جلوسا ان شاؤا وروى ابن كنانة عن مالك يحلف جالسا ولا يحلف قائما وجه الرواية الاولى انه ماشرع فيه التغليظ عليه والزامه القيام من معنى التغليظ فيجب أن يلزمه (مسئلة) ويحلف الرجال والنساء مستقبلى القبلة فيما له بال رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قال ابن القاسم ما سمعت أنه يستقبل بالحالف القبلة وجه القول الاول انه تغليظ عليهم لما يلزم من تعظيم الجهة فغلظ باستقبالها كما غلظ عليه باليمين عند الموضع الموجه لها المعظم منها ووجه القول الثانى ان هذه حالة لا يلزمه فيها الطهارة فلا يلزمه استقبال القبلة كسائر الحقوق

(فصل) وقوله احلف مكانى يحتمل أن يريد به ان ذلك هو الحق عنده ويحتمل أن يرغب فى أن يقنع بذلك منه ان كل ذلك من حقوق الحاكم على ماتقدم من مذهب سحنون أو من حقوق الطالب باليمين وقول مروان وهو الحاكم فى قضية لا والله الا عند مقاطع الحقوق ولم ينكر عليه زيد ولا غيره يقتضى ان للحقوق مقاطع معينة وانه لا يقنع منه ان كان الحق له باليمين فيها أو لا يفتى عليه ان كان حقا للطالب الا بذلك وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ممن وجبت عليه اليمين عند المنبر وما أشبهه من المواضع فقال أنا أحلف مكانى فهو كنكوله عن اليمين ان لم يحلف فى مقاطع الحقوق وغرم ان ادّعى عليه أو بطل حقه ان كان مدعيا وبذلك قضى مروان على زيد بن ثابت

(فصل) وقوله يحلف ان حقه لحق ويأبى أن يحلف عند المنبر يريد تحقيق ماقاله من دعوى أو انكار وانه لا يمنعه من اليمين عند المنبر مايعتقدون ابطال مايقول ويخاصم به ولكن لتعظيم حرمة منبر النبى صلى الله عليه وسلم ولم تكن تلك اليمين مايستحق بها حقا ولا يدفع بها غرما لان مستحق اليمين لم يقبضها منه هنالك وفى كتاب ابن سحنون عن مالك من قضى عليه باليمين عند المنبر فأبى أن يحلف وحلف فى مقامه انه يقضى عليه وكذلك عندى لو حلف عند المنبر دون أن يقتضيه صاحب اليمين لم يبر بها حتى يحلف وصاحب الحق مقتضيا اليمينه ولو اقتضاه يمينه فى صحن الجامع ورضى بها أو فى منزله أو فى غيره أجزأته يمينه ولم يكن لصاحب اليمين عليه يمين بعد ذلك قاله محمد بن عبد الحكم ووجه ذلك أنه اذا اقتضى منه مارضى به فليس له الرجوع بعد رضاه واستيفائه له

(فصل) واختصام زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار كانت بينهما الى مروان لاندرى من الطالب من المطلوب ولا هل كانت للطالب بينة أو كيف كان حكمها غير انه ان وقف الطالب المطلوب على مايدعيه عليه ففى المجموعة عن عبد الملك اذا لم يبين المدّعى دعواه ماهو وكم هو لم يسئل المدعى عليه عنه كما لو قال أنا أطلب منك هذه الدار فبين من ابن هى لك فلا يسئل المطلوب عن ذلك * قال القاضى أبو الوليد ومعنى ذلك عندى حتى يقول ان هذه الدار لى فهل صارت اليك من جهتى أو من جهة أحد بسببى فيلزم المطلوب الجواب انها لم تصر اليه من جهته ولا من جهة أحد بسببه (مسئلة) فان حقق المدعى دعواه وبينه لزم المطلوب جوابه باقرار أو انكار وقد روى فى العتبية والمجموعة عن أشهب ان ابن كنانة سأل مالكا عمن فى يده دار فيدعى رجل انها لجده فقال المطلوب لا أقر ولا أنكر ولكن أقم البينة على دعواك قال مالك يجبر المدعى عليه حتى يقر أو ينكر وروى ابن المواز عن ابن الماجشون مثل ذلك قال محمد وذلك صواب (مسئلة) ومن ادعى رجل عليه بستين دينارا فأقر بخمسين وتأبى

في العشرة أن يقر أو ينكر فانه يجبر بالحبس حتى يقر بها أو ينكر اذا طلب ذلك المدعي كما قال مالك
وابن الماجشون . وقال أستحسن اذا تمادى على شك فأنا أحلفه انه ماوقف عن الاقرار أو الانكار الا
انه على غير يقين فاذا حلف على هذا أورد العشرة ويحبس بها فالحكم بلا يمين على المدعي ان كل ما
ادعى عليه لا يدفع مع الدعوى فانه يحكم عليه بغير يمين قال ابن المواز وكذلك المدعى عليه دور في يده
لا يقر ولا ينكر فأنا أجبره على ذلك فتمادى حكمت عليه للمدعي بلا يمين وهو معنى مسئلة مالك عندي
في الذي يصر على الامتناع من الاقرار والانكار ولا يدعي شكا ومسئلة ابن المواز في العشرة دنانير
في الذي يقول لا أعلم ويدعي الشك وكان الصواب عنده أن لا يحلف فانه لا معنى ليمينه فان الحكم
المتوجه الى الناكل لا يفتقر الى يمين في النكول لانه اذا نكل عن هذه اليمين التي ألزمه اياها لم يجد
سبيلا الا الى الحكم عليه بما ادّعي عليه والله أعلم ويقتضي قول مالك وابن الماجشون انه ان تمادى
عليه كره بالسجن وغيره وقال ابن سحنون عن أبيه فان تمادى أدّب حتى يقر أو ينكر ولا يقبل منه
غيره ويقتضي قول ابن المواز أنه اذا أصر وقد أعذر اليه بالجبر أن يحكم عليه ويغرم ما ادعى عليه لانه
نكول لا يوجب رد اليمين على حصته فأوجب الحكم عليه كنكول المدعى عليه ترد عليه اليمين
(مسئلة) فان قال المطلوب قد تقدمت بيني وبين الطالب مخالطة فمن أي وجه يدعي هذا لزم أن يسئل
عن ذلك الطالب فان بين وجه طلبه وقف المطلوب على ذلك ولزمه أن يقر أو ينكر وان أبى الطالب
أن يبين سبب دعواه فلا يخلو أن يقول لا أذكر ذلك السبب أو لا يقول ذلك ويمنع من وجه طلبه
فان قال أنسيته قبل ذلك منه بغير يمين ولزم المطلوب أن يقر أو ينكر وان أبى من تبيينه مع ذكره له لم
يسئل المطلوب عن شئ قاله أشهب في المجموعة ونحوه في كتاب ابن سحنون * قال القاضي أبو الوليد
رضي الله عنه وكان القياس عندي أن لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب انه لا يذكر سبب ما
يدعيه لانه قد يكون لو ذكر السبب وجد منه مخرجا واذا كتمه لم يمكنه المخرج منه فيريد بكتمانه لتلزمه
اليمين والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان بين المدعي السبب فأنكر المطلوب وقال أنا أحلف انه لا شئ له
عندي من هذا السبب لم يجزه ذلك حتى يقول والله لا أعلم له عليّ شيأ بوجه من الوجوه قاله في
المجموعة أشهب ونحوه في كتاب ابن سحنون وكان الظاهر أن تجزئه يمينه انه لا شئ له عنده من وجه
يطلبه لان الطالب لم يطلبه بغير ذلك مع ان المطلوب لا يحلف حتى يقول له الطالب هذا آخر حقوقي
عندك فلا فائدة في أن يستحلف المدعى عليه في غير ذلك والطالب قد برأ منه ولكن ذهب أشهب الى
ذلك مخافة الالغاء والتأويل (مسئلة) وان ادعى رجل انه أسلفه أو باع منه لم يجزه من الجواب
أن يقول لا حق لك عندي حتى يقول لم تسلفني ما تدعيه أو لم تبع مني شيأ مما ذكرت رواه ابن
سحنون عن أبيه وهو مقتضى قول مالك قال فان تمادى على اللدد سجنه فان تمادى أدبه قال وكان
ربما قبل منه في الجواب قوله ماله على حق والى القول الأول رجع آخرا مالك وجه القول الأول
باجزاء ذلك وهو قول الشافعي انه اذا قال له مالك على شئ فقد ادعى براءة ذمته وهذا يجزئ من
الجواب ولا يلزمه أن يقول اني اشتريت منك لانه ربما قد اشترى منه وقضاه ولا تقوم له بينة والمدعي
ممن يغتنم اقراره بالبيع ويرضى باليمين الغموس انه ما قبض منه الثمن ووجه القول الآخر ان المدعي
قد ادعى عليه دعوى حق فيلزمه أن يكون جوابه على موافقة قوله كما لو ادعى المشتري انه قضاه
الثمن لم يجز للبائع أن يقول لي عليك حق حتى يقول لم أقبض منك ما تدعيه من الثمن (مسئلة)
فاذا أنكر المطلوب المعاملة كلف الطالب البينة فان أقام بينة فادعاه من بيع أو سلف أو ما أشبه

ذلك لم يلزمه أن يحلف مع شاهديه انهما شهدا بحق رواه ابن القاسم عن مالك في الواضحة ورواه ابن
سحنون قال الا عنه الا أن يدعي أنه قضاه فيحلف على القضاء ووجه ذلك أن البينة قد أحقت له دينه فلا
معنى ليمينه لان البينة في تحقيق دعواه أقوى من يمينه ولذلك برئ بها عن يمين المطلوب و يمين
الطالب (مسئلة) فان لم تكن للطالب بينة حلف المطلوب وما الذي يلزمه من اليمين في انكاره
روى ابن المواز عن مالك في البائع يجحد قبض الثمن فينكره المبتاع و يريد أن يحلف ماله على شئ
قال بل يحلف ما اشترى منه سلعة كذا فهذا قول مالك و به قال مطرف وابن الماجشون اذا حلف
ماله على شئ من كل ما يدعيه فقد برئ واختاره ابن حبيب وفي الموازية والعتبية عن ابن القاسم
القولان وهما مبنيان على ما تقدم من انكاره وما يجزئ في ذلك منه والله أعلم (مسئلة) و يحلف
المنكر ما ادّعى عليه أو ادّعاه من حقوق نفسه على البت والقطع وما ورثه عن أبيه حلف على العلم
مثل أن يدعي رجل قضاء أبيه الميت دينه فيحلف انه لا يعلمه قبضه ولا شيأ منه رواه ابن سحنون عن أبيه
أو يدعي قبل مورثه حقا فيحلف أنه لا يعلم له قبله شيأ ووجه ذلك أنه يحلف على البت لانه يدعي علم
ذلك ولو لم يدعه لم تقبل دعواه وعلى فعل غيره يحلف على علمه أنه لا سبيل له الى غير ذلك الا أن يقيم
شاهدا لموروثه بحق فيحلف معه فانه يحلف على البت لانه يدعي معرفة ذلك وتحقيقه فيحلف على
ما ادعاه من المعرفة في الاثبات وأما في النفي فلا طريق له الى ذلك وبالله التوفيق (مسئلة) فان
حلف المطلوب برئ فان نكل ففي كتاب ابن سحنون عن أبيه قال مالك وأصحابه لا يجب الحق
بنكول المطلوب عن اليمين حتى يرد اليمين على المدعى عليه فيحلف قال مالك واذا جهل ذلك
الطالب فليذكر له القاضي حتى يحلف الطالب إذ لا يتم الحكم الا بذلك و به قال الشافعي وقال أبو
حنيفة وأصحابه بنفس النكول يجب عليه الحق والدليل على ما نقوله ان هذا حق يثبت باليمين
فاذا نكل من وجبت عليه اليمين جاز أن تنتقل اليمين الى الجنبة الأخرى كالقسامة (مسئلة)
ولو رد المطلوب اليمين على الطالب لم يكن له الرجوع في ذلك ولزمه ردها رواه عيسى وأصبغ عن ابن
القاسم في العتبية فيحلف المدعي و يأخذ حقه كان رده لليمين عند السلطان أو عند غيره وذلك
ان رده اليمين على الطالب رضا بيمينه وتصديق لقوله مع يمينه فلما تعلق بذلك حق الطالب لم يكن
للمطلوب الرجوع عنه ولا ابطال حق يثبت للطالب عليه (مسئلة) وهذا اذا كانت من الأيمان
التي ترد فان كانت مما لا يرد مثل أيمان التهمة مثل أن يبيع الرجل عبده بالبراءة ثم يظهر المبتاع فيه
على عيب قديم فيحلف البائع انه ما علم به فان نكل رد عليه العبد دون يمين المبتاع وذلك أن المبتاع
لا طريق له الى معرفة ذلك فلا يكلف تقحم اليمين على ما لا سبيل له ولا لغيره الى معرفته (مسئلة)
اذا ادّعى المودع ضياع الوديعة وادّعى المودع تعديه عليها فالمودع مصدق الا أن يتهم فيحلف قاله
أصحابنا في النوادر قال محمد بن عبد الحكم فان نكل ضمن ولا ترد اليمين ههنا ووجه ذلك أنها يمين
تهمة دون تحقيق ولذلك اختصت بمن يتهم دون من لا يتهم (مسئلة) ومن وجبت عليه يمين فقال
للحاكم اضرب لي أجلا حتى أنظر في يميني وفي حسابي وأتثبت فعل من ذلك بقدر ما يراه قاله محمد بن
الحكم ووجه ذلك انه يريد التثبت فيما يحلف عليه فيجب أن يجاب اليه فقد يكون الحساب يكثر
ويطول أمره ويتسامح في الدعوى أو الانكار ويتحرز في اليمين لانها أعظم مقاطع الحقوق
(مسئلة) وهذا اذا كانت الدعوى في عقد كبيع أو سلف أو هبة أو ما أشبه ذلك فأما من أثبت
بينة بعبد أو دابة أو ثوب انه ملكه لا يعلمونه باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه ففي المجموعة من رواية ابن

القاسم عن مالك انه يحلفه الامام ماباع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بشيء فيحلف على البت و يستحقه و به قال أشهب وقال ابن كنانة ليس عليه يمين الا أن يدعى الذى فى يده ذلك أمرا يظن أن صاحبه فعله فيحلف مافعله و يأخذ حقه وجه القول الأول وعليه جمهور أصحابنا انها يمين للحكم لا يصح له القضاء الا بعد استيفائها لان البينة انما شهدت له بالملك على البت والقطع وشهدت فى بقائه على ملكه على العلم فلا بد من استحلافه على البت فيما بقى وما عسى أن يزيل ملكه عنه من بيع أو هبة أو غير ذلك وحينئذ يستحق أن يقضى له والا كان قد حكم قبل أن يستوفى المستحق أسباب الاستحقاق ووجه القول الثانى ان المطلوب اذا لم يدع شيأ من ذلك فلا معنى لاستحلاف الطالب لانه قد ثبت له الملك ولا يدعى خروجه عن ملكه والله أعلم وأحكم

﴿ مالا يجوز من غلق الرهن ﴾

غلق الرهن معناه أن لا يفك يقال غلق الرهن اذا لم يفك فمعنى الترجمة أنه لا يجوز أن يعقد الرهن على وجه يؤل الى المنع من فكه وأنشدوا لزهير

وفارقتك برهن لا فكاك له * يوم الوداع فأمسى رهنها غلقا

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن * قال مالك وتفسير ذلك فيما نرى والله أعلم أن يرهن الرجل الرهن عند الرجل بالشيء وفى الرهن فضل عما رهن فيه فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى أجل يسميه له والا فالرهن لك بما رهن فيه قال فهذا لا يصلح ولا يحل وهذا الذى نهى عنه وان جاء صاحبه بالذى رهن به بعد الأجل فهو له وأرى هذا الشرط مفسوخا ﴾ ش قوله لا يغلق الرهن معناه والله أعلم لا يمنع من فكه وذلك انه نهى عن عقد يتضمن ذلك وعن استدامته ان عقد على وجه يتضمن فان وقع فقد قال يرهن الرهن فى دينه على هذا الشرط لا يصلح ولا يحل يريد فى مسئلة الكتاب وهو فى دين ثابت ومثل ذلك أن يبيعه ثوبا بمائتى درهم الى أجل ثم يرهنه به رهنا على أنه ان جاءه بالثمن الى ذلك الأجل والا فالرهن له بذلك الثمن فالبيع صحيح والرهن فاسد وله ان قبضه البائع حكم الرهن رواه ابن حبيب عن ابن القاسم قال مالك فى المدونة ومعنى ذلك ان البيع سلم من هذا الشرط والرهن على هذا الوجه ينقض من قرض كان أو من بيع ووجه ذلك ما احتج به مالك من النهى عنه والنهى عنه يقتضى فساد المنهى عنه ولانه فى القرض تارة يكون بيعا وتارة يكون قرضا وهو اذا كان الدين من بيع أو من قرض بمعنى فسخ دين فى دين وذلك يمنع صحة ما عملا عليه من غلق الرهن وهو بيعه بالدين الذى رهن به (مسئلة) فاما ان كان ذلك فى بيع انعقد على هذا الشرط بان يبيعه ثوبا بمائة درهم الى أجل على أن يرهنه به دابة على ان جاءه بالثمن الى ذلك الأجل والا فالدابة له عوضا من الثوب فان هذا البيع فاسد لان البائع لا يدرى بما باع ثوبه بالمائة درهم أو بالدابة فينقض البيع والرهن مالم يفت الثوب فيمضى الثوب بالقيمة و يبطل الأجل وشرط الرهن (مسئلة) وان حل الأجل ولم يفسخ الرهن الى ربه وأخذ المرتهن دينه سواء تغير قبل الأجل بزيادة أو نقصان أو حوالة أسواق أو لم يتغير وللمرتهن أن يحبسه بحقه وهو أحق به من الغرماء لانه على ذلك أخذه وانما معنى قوله انه يفسخ انه ان كان ما عليه مؤجلا الى سنة أنه يفسخ قبل السنة وهذا كله قول مالك فى المدونة * قال القاضى أبو الوليد وعندى انه يجب أن يفسخ غلاقه وأما أن يؤخذ من المرتهن ويبقى دينه دون رهن فلا

﴿ مالا يجوز من غلق الرهن ﴾

* قال يحيى حدثنا مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن * قال مالك وتفسير ذلك فيما نرى والله أعلم أن يرهن الرجل الرهن عند الرجل بالشيء وفى الرهن فضل عما رهن فيه فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى أجل يسميه له والا فالرهن لك بما رهن فيه قال فهذا لا يصلح ولا يحل وهذا الذى نهى عنه وان جاء صاحبه بالذى رهن به بعد الاجل فهو له وأرى هذا الشرط منفسخا

(مسئلة) فان لم يرد بعد الأجل ومايقرب منه حتى تغيرت أسواقه أو تغير بزيادة أو نقصان لزمه بقيمته ويقاص بثمنه من دينه ويترادان الفضل قاله مالك فى المدونة ومعنى ذلك عندى ان البيع انما وقع فيه يوم حل الأجل فان فات بعد ذلك فقد فات بيد المبتاع فى البيع الفاسد قال مالك فى المدونة وهذا فى السلع والحيوان واما فى الدور والأرضين فان حوالة الأسواق وطول الزمان لايفيتها وترد الى الراهن لانه بيع فاسد محرم وانما يفيتها الهدم والبنيان والغرس سواء تهدمت بفعل المرتهن أو بفعل غيره (فرع) فان فات الرهن بعد الأجل بيد المرتهن على وجه يلزمه فقد قال ابن عبد الحكم ورواه ابن عبدوس عنه عليه قيمته قيل يوم فات وقيل يوم حل الأجل وهو قول مالك فى المدونة قال ابن عبدوس وقول ابن عبد الحكم أحب الى ووجه ذلك انه قبض الرهن على وجه البيع فلذلك روعيت قيمته يوم الفوات لان حكم الرهن كان أحق به بعد الأجل وقبل الفوات واليه كان يرد لو ظهر عليه ووجه القول الثانى وهو الأظهر عندى انه من يوم الأجل مقبوض للبيع ولو لم يكن مقبوضا للبيع لما فات بتغير الأسواق ولا زيادة ولا نقصان ولذلك يضمن بعد الأجل ضمان مابيع بيعا فاسدا دون ضمان مايغاب عليه من الرهن (مسئلة) وروى ابن الماجشون عن الدراوردى عن الزهرى عن ابن المسيب عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله وزاد فيه هو من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه ومعناه عند مالك وأصحابه له غلته وخراج ظهره وأجرة عمله وعليه غرمه أى نفقته وليس يريد به الهلاك والمصيبة لان الغنم اذا كان الخراج والغلة كان الغرم ماقابل ذلك من النفقة وهو نحو ماروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرهن محلوب ومركوب أى غلته لربه ونفقته عليه لايمنعه كونه رهنا من صرف هذه المنافع الى مالكه الراهن أو غيره وقد رأيت للشيخ أبى اسحق نحو هذا التفسير فيه ولا يجوز ذلك للمرتهن لانه زيادة فى القرض وعوض مجهول فى المبايعة وقال الشيخ أبو بكر معنى قوله له غنمه أى منفعته ولم يرد ملكه لان الملك لم يزل عن الراهن وغرمه أى نفقته وتلفه اذا ثبت تلفه من الراهن وقال بعض المالكيين معنى قوله له غنمه أى رجوعه اليه ويرجع رب الحق عليه بحقه وذلك معنى قوله ان غرمه عليه يريد ان الغرم الذى رهن من أجله عليه كما كان رجوع الرهن اليه والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء فى رهن الثمر والحيوان ﴾

ص ﴿قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن رهن حائطا له الى أجل مسمى فيكون ثمر ذلك الحائط قبل ذلك الأجل ان الثمر ليس برهن مع الأصل الا أن يكون اشترط ذلك المرتهن فى رهنه وان الرجل اذا ارتهن جارية وهى حامل أو حملت بعد ارتهانه اياها ان ولدها معها * قال مالك وفرق بين الثمر وبين ولد الجارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع قال والأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان من باع وليدة أو شيأ من الحيوان وفى بطنها جنين ان ذلك الجنين للمشترى اشترطه المشترى أو لم يشترطه فليست النخل مثل الحيوان وليس الثمر مثل الجنين فى بطن أمه * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا ان من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل وليس يرهن أحد من الناس جنينا فى بطن أمه من الرقيق ولا من الدواب﴾ ش قوله من رهن حائطا الى أجل فأثمر الحائط قبل الأجل فان ذلك الثمر لا يكون رهنا مع الحائط * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه معناه لا يكون للثمرة حكم الرهن ولا يكون المرتهن أحق بها من الغرماء وذلك أن النماء من الرهن على ضربين أحدهما أن يكون من غير جنس الاول كثمرة النخل وعسل النحل

﴿ القضاء فى رهن الثمر والحيوان ﴾
*قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن رهن حائطا له الى أجل مسمى فيكون ثمر ذلك الحائط قبل ذلك الأجل ان الثمر ليس برهن مع الأصل الا أن يكون اشترط ذلك المرتهن فى رهنه وان الرجل اذا ارتهن جارية وهى حامل أو حملت بعد ارتهانه اياها ان ولدها معها * قال مالك وفرق بين الثمر وبين ولد الجارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع قال والأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان من باع وليدة أو شيأ من الحيوان وفى بطنها جنين ان ذلك الجنين للمشترى اشترطه المشترى أو لم يشترطه فليست النخل مثل الحيوان وليس الثمر مثل الجنين فى بطن أمه * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا ان من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل وليس يرهن أحد من الناس جنينا فى بطن أمه من الرقيق ولا من الدواب

وغلة الزرع والرباع وغلة العبيد وسائر الحيوان فهذا كله لا يكون رهنا مع الأصل ما حدث منه بعد عقد الرهن فأما الثمرة فسواء حدثت بعد العقد أو كانت موجودة حين الرهن من هية أو غير من هية قاله ابن القاسم وأشهب وقال أبو حنيفة والثورى ان اللبن والصوف وثمر النخل والشجر ما حدث من ذلك بعد الرهن فهو فى الرهن وكذلك الغلة والخراج والدليل على ما نقوله انه نماء حادث من غير جنس الأصل فلم يتبعه فى عقد الرهن أصل ذلك مال العبد (مسئلة) وأما أصواف الغنم وألبانها فلا تتبع أيضا اذا حدثت بعد عقد الرهن أو كانت غير كاملة فأما ان كانت كاملة يوم عقد الرهن فقد قال ابن القاسم يلحقها حكم الرهن وقال أشهب لا يكون رهنا الا بالشرط وجه قول ابن القاسم انه متصل بالحيوان اتصال خلقة قد كمل و يتبع فى البيع بمجرد العقد فكذلك فى الرهن كأعضاء الحيوان وقد قال بعض القرويين فى النخل ترهن وفيها ثمرة يابسة يجب أن تكون للمرتهن على قول ابن القاسم كالصوف التام * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى ان الثمرة اليابسة لا تتبع فى الرهن لانها لا تتبع فى البيع بخلاف الصوف لان الصوف لا يخلو منه الحيوان و يؤخذ منه على سبيل الاصلاح له فأشبه جريد النخل وأما الثمرة فمن غير جنس الأصل ومقصودة بالغلة تخلو منها الشجرة فى بعض أوقاتها وذلك حكم رطبها و يابسها و وجه قول أشهب ما احتج به من ان هذه غلة فلم تتبع الأصل فى الرهن بمجرد العقد كاللبن فى ضروع الغنم (مسئلة) وأما غلة الدور المكتراة وغلة العبيد والدواب فلا يكون شئ من ذلك رهنا مع الرقاب وكذلك مال العبد لا يتبعه فى الرهن الا بالشرط قاله مالك فان شرطه جاز ذلك وان كان مجهولا كما يجوز فى البيع فان شرطه ففى كتاب محمد لا يكون له ما أفاد بعد الرهن لانه غلة قال فى كتاب ابن عبدوس ولا ما وهب له قال فى الكتابين الا أن يربح فى المال الذى شرطه فهو كماله (مسئلة) و يجوز ارتهان مال العبد دونه فيكون له معلومه ومجهوله يوم الرهن ان قبضه قاله مالك فى المجموعة وجه ذلك ان الغرر والمجهول يصح ارتهانه كما يصح افراد الثمرة التى لم تؤبر بالارتهان

(فصل) وقوله ومن ارتهن جارية وهى حامل أو حملت بعد الرهن فان ولدها معها وقد تقدم ان النماء على ضربين وقد تقدم الكلام فيما ليس من جنس الأصل وأما ما كان من النماء من جنس الأصل كالولد زاد الشيخ أبو القاسم وفراخ النخل والشجر فان جميع ما تلده الأمة بعد عقد الرهن يكون رهنا معها دون شرط خلافا للشافعى وجه ذلك أنه من جنس الأصل فأشبه سمنها ومن ارتهن عبدا فولد للعبد من أمته فقد قال الشيخ أبو اسحاق الولد رهن مع أبيه دون أمه وجه ذلك ان أمه مال للعبد فلا تكون رهنا معه بمجرد العقد والولد نماء من جنس الأصل فكان تبعا له فى الرهن (فرع) ولو شرط فى الأمة انها رهن دون ما تلده لم يجز ذلك قاله مالك فى المدونة وقال فى المجموعة لا يرتهن الجنين دون الأم وليس الولد كالثمرة وجه ذلك انه جزء معين من الجارية فلم يجز أن ينفرد بالرهن كيدها أو عضو من أعضائها وقال أحمد بن ميسر يجوز أن يرتهن ما تلده هذه الجارية أو هذه البقرة أو هذه الغنم كما يرتهن العبد الآبق والجمل الشارد و يصح ذلك بالبعض فاذا ولدت الغنم كان الولد رهنا وقاله الشيخ أبو القاسم فى تفريعه (مسئلة) وأما ما ولدته قبل الرهن فقد روى أشهب عن مالك فى العتبية يجوز أن يرتهن ولدها وتباع مع ولدها فيكون المرتهن أولى بحصتها من الثمن و يحاص الغرماء فى حصة الآبق وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى وصيف بوضع رهنا قال أمه تكون معه فى الرهن يريد لا يفرق بينهما فى المكان واما أن يتعلق بها

حكم الرهن فلا قال الشيخ أبو اسحاق لا يرهن الصبي حتى يثغر كما لا يجوز بيعه حتى يثغر الا أن يرهن مع أمه

(فصل) وقوله وفرق ما بين الثمرة وولد الجارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع قال والأمر الذى لا اختلاف فيه ممن باع جارية أو شيأ من الحيوان وفي بطنها جنين ان ذلك للمشترى وان لم يشترطه فهذا على ما قال فرق بين الثمرة المؤبرة والجنين وحجة من أراد الحاق أحدهما بالآخر وأن يجعل الثمرة المأبورة تتبع فى الرهن كما تتبع الجنين وأما الثمرة التى ليست بمؤبرة فخارجة عن ذلك لانها تتبع النخل فى البيع وان لم يشترطها المبتاع فهى فى البيع بمنزلة الجنين وفى لرهن مخالفة للجنين والفرق بين الرهن والبيع ان البيع ينقل المبيع عن ملك البائع فكانت غلته للمبتاع والرهن لا ينقل الرهن عن ملك الراهن فبقيت غلته له والجنين لما كان من جنس أمه تبعها فى الرهن والبيع كسمنها لم ينفصل عنها فى بيع ولا رهن قال مالك فى جرح العبد المرتهن يؤخذ له الارش انه للمرتهن فى رهنه

(فصل) وقوله ويبين ذلك ان من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل دون الأصل ولا يرهن أحد جنينا دون أمه وهذا أيضا فرق بين الثمرة المأبورة وبين الجنين اذا سلم له وان قلنا انه يصح افراد الثمرة التى لم تؤبر بارهن أو ثمرة نبتت فى المستقبل فى نخله وهو الظاهر من المذهب فقد قال ابن القاسم يجوز ارتهانها سنين وقال ابن المواز يجوز أن يرهن الثمرة قبل أن تكون طلعا وقال أشهب يجوز ارتهان غلة الدار فهذا فرق واضح بين الثمرة والجنين والفرق بينهما ما قدمناه واذا لم يسلم له ما ادعاه فى الجنين فلا يصح هذا الفرق الا على أصله ومذهبه دون مذهب من خالفه وجمع بينهما فى ان يتبعا الاصل فى الرهن أو لا يتبعانه وقد اختلف فيما قاله مالك من ذلك (فرع) واذا قلنا انه يجوز ارتهان الثمرة التى لم يبد صلاحها دون الاصول فانه لا يكون الحوز فيها الا بقبض الاصول ومن ارتهن زرعا فى أرض دون الارض فان حيازته بقبض الاصول قاله ابن القاسم فى المدونة وقال فان فلس فالثمرة والزرع للمرتهن دون الشجر والارض فان ذلك للغرماء قال وذلك انه لا يمكنه قبض الثمرة الا بقبض الاصل وجه ذلك أن قبض الرهن مبنى على منع الراهن منه جملة فلا يبقى له فى الرهن تصرف بوجه وذلك أن الرهن يبطل بتعذر الحيازة ويبطل بعدم صحة الحيازة بعدم الحيازة فكان القبض فيه مخالفا للقبض فى البيع اذ لم يبطل بعدم القبض وانما يبطل بعدم امكانه فحكم القبض فى الرهن أشد منه فى الهبة لأن الهبة اذا صحت بالحيازة لا تبطل برجوعها الى يد الواهب والرهن يبطل برجوعه الى يد الراهن فلم يصح حيازته الا بمنع الراهن منه بكل وجه

﴿ القضاء فى الرهن من الحيوان ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر الذى لا اختلاف فيه عندنا فى الرهن أن ما كان من أمر يعرف هلاكه من أرض أو دار أو حيوان فهلك فى يد المرتهن وعلم هلاكه فهو من الراهن وان ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيأ ﴾ ش قوله ما كان من أمر يعرف هلاكه يريد ان يكون ذلك غالب أمره أن ضياعه يعرف ويشتهر ولا يغاب عليه كالارض والدور والحيوان فان هذا لا يمكن اخفاؤه بالمغيب عليه والستر له ﴿ قال مالك وكذلك الزرع والثمرة فى رؤس النخل وهذا على ما قال وأما الارض والرباع كلها وأصول الشجر مما لا ينقل ولا يحول فأمر ها ظاهر يعلم صدق مدعى

﴿ القضاء فى الرهن من الحيوان ﴾
قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا فى الرهن أن ما كان من أمر يعرف هلاكه من أرض أو دار أو حيوان فهلك فى يد المرتهن وعلم هلاكه فهو من الراهن وان ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيأ

ضياعها من كذبه وأما الحيوان فان ادعاء اباق العبد وهرب الحيوان أمر لا يكاد المرتهن ان يقيم به بينة لأن هذا يكون كثيرا في وقت الغفلة وفي حين لا يمكن اقامة البينة به * قال مالك لأن الاصل ما أخذه عليه على غير الضمان حتى يتبين كذبه وذلك مثل ما قال أشهب اذا زعم ان الدابة انفلتت منه أو العبد كابره بحضرة جماعة من الناس فينكرون ذلك فلا يصدق الا أن يكون الذين ادعى عليهم غير عدول فلا يصدقون والقول قوله قال ابن المواز وهذا مذهب مالك وأصحابه فيما لا يغاب عليه ووجه المشهور من قول مالك انهم اذا كانوا غير عدول لم يثبت كذبه وكان على أصله في التصديق وانتفاء الضمان لأنه على ذلك أخذه فوجود غير العدول كعدمهم فيما يتعلق بالحكم له وعليه (مسئلة) وأما في الموت ففي كتاب ابن المواز عن مالك يصدق الا ان يظهر كذبه بدعواه ذلك بموضع لا يعلم أهله ذلك ومعنى ذلك انه يصدق اذا ادعى موته في الفيافي والقفر بحيث لا يكون به من يعرف به صدقه أو كذبه فان كان في القرى وحيث يكون الناس فان كان في موضع يكون فيه أهل العدل ولم يعلم أحد منهم موت ذلك (٢) (مسئلة) ولو قال ماتت دابة لا نعلم لمن هي ففي المجموعة فوصفوها ان عرفوا الصفة أو لم يصفوها قبل قوله انها هي ويحلف وجه ذلك ان هذا المقدار من العلم هو الذي يعلم أهل الجهة التي ماتت الدابة بها فاذا عدم ذلك علم كذبه فيما زعمه من موته وليس كل من رأى دابة ميتة سأل عمن ملكها ولا يتبين صفتها بل يصرف بصره عنها ويسرع المشي في البعد عنها فلا يتبين كذب مدعي ذلك في عدم المعرفة بهذا المعنى منها

(فصل) وقوله وان ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيأ يريد ان حق المرتهن على الراهن بكماله لا ينقص منه لأجل ما ذهب من الرهن بيده لأن ضمان ما لا يغاب عليه اذا رهن من راهنه وبه قال الاوزاعي وروى يحيي بن كثير عن علي رضي الله عنه وقال ابن أبي ليلى وأبو حنيفة والثوري الرهن كله من ضمان المرتهن وروى القاضي أبو الفرج عن ابن القاسم فيمن ارتهن نصف عبد وقبضه كله وتلف عنده انه لا يضمن الا بصفة وهذا موافق لما قاله أبو حنيفة في ضمان المرتهن لما لا يغاب عليه الا أنه عند أبي حنيفة مضمون بقدر الدين دون قيمته والدليل على ما نقوله أن ما لا يضمن بقيمته لا يضمن بقيمة غيره كالوديعة وقد قال في كتاب ابن المواز قلت ففي أي موضع يكون الرهن بما فيه ان ضاع فقال فيما يغاب عليه ولا يعلم له قيمة ولا صفة لقول الراهن ولا المرتهن ولا غيرهما فهذا الا طلب لأحدهما على الآخر وقد كان القياس يحتمل أن يجعل قيمته من أدنى الرهن وقد ذكر لي ذلك عن أشهب وما قلت لك أولا هو قول العلماء وأحقه بحديث النبي صلى الله عليه وسلم الرهن بما فيه قال أبو الزناد وفي الحديث اذا عميت قيمته وهذا الذي ذكره لا يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فيه شئ ولا له أصل وانما هو قول جماعة من الفقهاء ان الرهن يضمن منه قدر الدين وما زاد على ذلك من قيمته فهو أمانة وهو قول ابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة وروي عن محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وما روي فوق هذا من قول أصحابنا في معنى قوله الرهن بما فيه هو قول الفقهاء السبعة انما ذلك اذا جهلت صفاته ولم يدع معرفة ذلك راهن ولا مرتهن وهو قول الليث بن سعد وبلغني عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقد قال مالك الرهن بما فيه اذا ضاع عند المرتهن ما يغاب عليه وكانت قيمته بقدر الدين وسيأتي ذكره ان شاء الله عز وجل ص *قال مالك وما كان من رهن يهلك في يد المرتهن فلا يعلم هلاكه الا بقوله فهو من المرتهن وهو لقيمته ضامن يقال له صفه فاذا وصفه أحلف على صفته وتسمية ماله فيه ثم يقومه أهل البصر بذلك فان كان فيه فضل عما

* قال مالك وما كان من رهن يهلك في يد المرتهن فلا يعلم هلاكه الا بقوله فهو من المرتهن وهو لقيمته ضامن يقال له صفه فاذا وصفه أحلف على صفته وتسمية ماله فيه ثم يقومه أهل البصر بذلك فان كان فيه فضل عما

سمى فيه المرتهن أخذه الراهن وان كان أقل مما سمى أحلف الراهن على ماسمى المرتهن وبطل عنه الفضل الذى سمى المرتهن فوق قيمة الرهن وان أبى الراهن أن يحلف أعطى المرتهن مافضل بعد قيمة الرهن فان قال المرتهن لاعلم لى بقيمة الرهن حلف الراهن على صفة الرهن وكان ذلك له اذا جاء بالأمر الذى لايستنكر * قال مالك وذلك اذا قبض المرتهن الرهن ولم يضعه على يدى غيره ﴿ ش قوله وما كان من رهن يهلك بيد المرتهن فلا يعلم هلاكه الا بقوله فهو من المرتهن يريد انه مما يغاب عليه ولا يكاد أن يعلم هلاك ما كان من جنسه الا بقول من هو بيده كالثياب والعروض والعنبر والحلى والطعام وغير ذلك مما يكال أو يوزن فهذا وما أشبهه يوصف بأنه مما يغاب عليه وهذا الجنس من الرهون اذا ضاع بيد المرتهن فلا يخلو أن تقوم بضياعه بينة أولا تقوم بذلك بينة فان قامت به بينة فعن مالك فى كتاب ابن المواز فى ذلك روايتان احداهما أنه لايضمن وبها قال ابن القاسم وعبد الملك وأصبغ واختارها ابن المواز والثانية يضمن فى الرهن والعارية وهو مذهب الأوزاعى فى الرهن وبه قال أشهب وجه الرواية الاولى ان مالايغاب عليه من الرهون لايضمن وانما يضمن مايغاب عليه لحاجة الناس الى الرهون والاقراض والشراء بالدين ومايغاب عليه يدعى فيه الضياع على وجه لايعلم فيه كذب مدعيه غالبا فيؤدى ذلك الى ضياع أموال الناس والمرتهن يأخذه لمنفعة نفسه وقد كان له أن يضعه على يد عدل فيبرأ من ضمانه فاذا لم تقم له بينة بهلاكه كان عليه ضمانه كما ألزم الكرى ضمان ماينفرد بحمله من الطعام لما خيف من تسرع أمثاله اليه كله حفظا للاموال ولذلك سقط عنه الضمان فيما لايغاب عليه من الحيوان واذا كان يسقط عنه الضمان فى الحيوان وان تلف بغير بينة لما كان الغالب من أمره ظهوره فبأن يسقط عنه الضمان فيما يغاب عليه اذا قامت عليه بينة أولى وأحرى ووجه الرواية الثانية ان مايغاب عليه من الرهون حكمها الضمان وعلى ذلك أخذت فاستوى فيها ثبوت اتلافها ببينة أوخفاء ذلك كالرهن ممالايغاب عليه لما قبض على غير الضمان استوى فيه ثبوت ذلك أوخفاء ذلك (فرع) واذا قلنا برواية ابن القاسم وقامت بينة بهلاك مايغاب عليه من الرهون من غير تضييع من المرتهن ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك لايضمن وكذلك لو رهنه رهنا فى البحر فى المركب فيغرق المركب أو يحترق منزله أو يأخذه لصوص منه بمعاينة فى ذلك كله (فرع) واذا جاء المرتهن بالرهن وقد احترق وقال وقعت عليه نار فلا يصدق وهو ضامن الا أن تقوم عليه بينة أو يكون الاحتراق أمرا معروفا مشهورا من احتراق منزله أوحانوته فيأتى ببعض ذلك محترقا فانه يصدق رواه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم ومعنى ذلك أن الرجل قد يدعى احتراق الثوب يكون عنده بما لايعلم بسببه مثل أن يقول وقع فى نار أو جاورته نار لم تتعد الى غيره أوتعدت الى يسير يخفى مثله أو يدعى احتراق ذلك بما يعلم سببه كاحتراق المنزل أوالحانوت فاذا كان ممالايعلم سببه فهو ضامن وان جاء به محروقا الا أن تقوم بينة بما يدعيه وان كان مماقد علم سببه كاحتراق منزله أوحانوته فلا يخلو أن يثبت أن ذلك الثوب كان فيما احترق من حانوته أومنزله أولا يثبت ذلك ببينة فان ثبت ذلك ببينة فلا خلاف فى تصديقه سواء أتى ببعض ذلك محروقا أولم يأت بشئ منه وان لم يثبت ذلك ببينة فان أتى ببعض ذلك محروقا صدق أنه كان من حانوته الذى احترق وان لم يأت بشئ منه وادعى احتراق جميعه فظاهر المسئلة انه غير مصدق * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى أنه اذا كان مما جرت العادة برفعه من الرهن فى الحوانيت حتى يكون متعديا بنقله عنه كأهل الحوانيت من التجار الذين جرت عادتهم بارتهان الثياب ورفعها فى

سمى فيه المرتهن أخذه الراهن وان كان أقل مما سمى أحلف الراهن على ماسمى المرتهن وبطل عنه الفضل الذى سمى المرتهن فوق قيمة الرهن وان أبى الراهن أن يحلف أعطى المرتهن مافضل بعد قيمة الرهن فان قال المرتهن لاعلم لى بقيمة الرهن حلف الراهن على صفة الرهن وكان ذلك له اذا جاء بالأمر الذى لا يستنكر * قال مالك وذلك اذا قبض المرتهن الرهن ولم يضعه على يدى غيره

حوانيتهم لا يكادون ينقلون شيأ من ذلك عنها فانى أرى أن يصدقوا فيما يدعون من احتراق ذلك فيما عرف وشوهد من احتراق حانوته وقد أفتيت بذلك فى طرطوشة عند احتراق أسواقها وكثرت الخصومة فى مثل هذا وأنا معهم بها وغالب ظنى أن بعض من كان هنالك من طلبة العلم أظهر الى رواية عن ابن أيمن بمثل ذلك والله أعلم وهذا وان كان الراهن انما قبض الرهن على الضمان فان معناه عند ابن القاسم خوف ضمان التعدى وانه غير مصدق فيما يدعى من ضياعه لا بضمان أثبته الشرع عليه بمقتضى الرهن فاذا كانت له شبهة من احتراق حانوته وكان هذا الرهن مما جرت العادة بحفظه فى حانوته كان القول قوله فيما ادّعاه من كونه فيه حين احتراقه (مسئلة) واذا أتى المرتهن بالرهن وهو ساج قد تأكله السوس فلا ضمان عليه ويحلف ماضيعه ولا أراد فيه فسادا وان كان أضاعه ولم ينظر فى أمره حتى أصابه بسببه أن يكون فيه شئ رواه فى العتبية عيسى عن ابن القاسم عن مالك وقال الشيخ أبو اسحق اذا تأكلت الثياب عند مرتهنها أو قرضها الفأر أو ما أشبه ذلك فان كان أضاعها ضمن والا لم يضمن وقال ابن القاسم يضمن (مسئلة) وأما ان تلف بغير بينة فلا خلاف فى المذهب فى انه مضمون خلافا لسعيد بن المسيب والزهرى وعمرو بن دينار فى قولهم ان الرهن كله أمانة ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه وبه قال الشافعى والدليل على ما نقوله ان قبض ما يملك فمنفعته للقابض مؤثرة فى الضمان كالشراء (مسئلة) والرهن مضمون على حكم الارتهان فى الضمان من حين يقبضه المرتهن الى أن يرده الى راهنه ففى العتبية من رواية يحيى فيمن سألك سلفا فاعطاك به رهنا فتلف الرهن قبل أن يصل السلف الى الراهن فان المرتهن يضمنه لانه لم يأخذه الا بمعنى الاستيثاق ولو دفع الراهن الى المرتهن ما على الرهن من الدين ثم تلف الرهن بيد المرتهن فقد قال فى المدونة فمن ارتهن رهنا بدين فاستوفاه ثم ضاع الرهن عنده بعد ذلك فهو ضامن لقيمته ووجه ذلك انه مقبوض على حكم الرهن فلا تأثير فيه لقضاء ما عليه من الدين وكذلك لو كان عليه مائة فاداها كلها الا درهما واحدا ثم ضاع الرهن لم ينقصه ما ادى من ضمان الرهن شيأ ولو كان له فيه تأثير لوجب أن ينقص من ضمان الرهن بقدر ما ادى من دينه وأيضا فان الرهن مضمون بقيمته ولو كان الدين بضمانه تعلق لكان مضمونا بدينه (مسئلة) ولو كان لك عليه دين وله بيدك رهن فوهبته الدين ثم ضاع عندك الرهن ففى العتبية والمجموعة عن ابن القاسم وأشهب انك تضمنه ونحوه فى المدونة ووجه ذلك ما قدمناه من انه مقبوض على حكم الرهن فبراءة الراهن مما رهن به لا تغير حكمه فى الضمان كما لو قضاه ذلك (فرع) وهل للواهب الرجوع فى هبته قال أشهب يرجع الواهب فيما وضع من حقه ليقاصه به فى قيمة الرهن فان بقى له منه شئ لم يكن له قبضه وان بقى عليه من قيمة الثوب شئ أداه قال لانه لم يضيع حقه ليتبع بقيمته (مسئلة) وأى وقت يراعى فى قيمته فى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم يضمن قيمة ما يغاب عليه من الرهن من حلى وثياب وغيره يوم الضياع لا يوم الرهن وقال فى موضع آخر يضمن قيمته يوم ارتهنه وجه القول الأول أنه ليس بمضمون عليه من يوم الرهن ولذلك لو قامت بينة لم يضمنه فلذلك كانت قيمته يوم ضاع لانه حينئذ ضمنه ووجه القول الثانى انه انما يضمن بالقيمة فلذلك روعيت قيمته يوم القبض وهو معنى قولنا يوم الرهن وقال أصبغ فى الواضحة ما معناه انه يراعى قيمته يوم الضياع فان جهلت فقيمته يوم الرهن (فرع) وهذا اذا لم يقوم الرهن يوم الارتهان وأما لو قوم الرهن بعشرة دنانير فضاع فتلك القيمة تلزمه الا أن يكونا قد زادا فى قيمته أو نقصا فيرد الى قيمته اذا علم بذلك قاله فى العتبية ووجه ذلك أن تقويمهما للرهن عند الراهن اتفاق منهما على قيمته واقرار بذلك

فيعملان على ذلك الا أن تثبت الزيادة فى ذلك أو النقصان فيعملان عليه بعد الضياع و يمنعان من اقراره على ذلك قبل الضياع (مسئلة) ومن رهن عند رجل رهنا ثم رهن فضله الآخر قال ابن القاسم لا يضمن الأول منه الا قدر ما يبلغ حقه من قيمته وهو فى باقيه أمين ولا ضمان على الثانى وقال أشهب ضمانه كله من الأول وجه قول ابن القاسم ان رضا المرتهن الأول بارتهان الثانى الفضلة نقل لها الى حكم الأمانة فلا ضمان عليه فيها ولا ضمان على المرتهن الثانى فيها لانه رهن على يد أمين فلا يضمنه المرتهن ووجه قول أشهب أنه قد قبضه على وجه الرهن فلا ينتقل منه برهن غيره الا بقبضه منه كما لو قضاه ما عليه من الدين لم ينتقل الى حكم الأمانة والوديعة والفرق بينهما على رأى ابن القاسم ان المرتهن اذا قبض ما على الرهن من الدين وطلب صاحبه قبضه فهو عنده على ذلك الحكم حتى يقتضيه أو يوافقه على انه عنده على حكم الوديعة فيقره عنده على ذلك فينتقل الى حكم الوديعة أو يبيعه منه فينتقل الى حكم المبيع والذى أباح له أن يرهنه غيره فقد صرح بأنه عنده على حكم الامانة ولم يبقه عنده على الحكم الذى كان عليه قبل ذلك فكان بمنزلة أن يقبض ما عليه من الدين و يقول له هذا رهنك فاقبضه فيقول اتركه لى عندك وديعة فهذا الاخلاف فى انتقاله الى حكم الوديعة (مسئلة) ولو شرط فيما يغاب عليه أن لا يضمنه وأن يقبل قوله فيه فقد قال ابن القاسم شرطه باطل وهو ضامن وقال ابن البرقى عن أشهب شرطه جائز وهو مصدق فى الرهن والعارية قال ذلك كله ابن المواز وجه القول الأول ان الشرط اذا نعقد على نقل ضمانه من محله لم ينقله و يبطل الشرط لان مقتضى العقد فى هذا أقوى من الشرط وهذا حكم الضمان فى سائر العقود انما يثبت بقبضها ولا تأثير للشرط فى ذلك وانما يؤثر فيما اختلف قول مالك فيه فى محل الضمان كالمبيع الغائب وما جرى مجرى ذلك لتردد الضمان عنده بين المحلين باصل العقد فلذلك كان للشرط فيه تأثير والله أعلم

(فصل) وقوله يقال له صفه ثم يحلف على صفته و يسميه ماله فيه الى آخر الفصل معناه ان لم يختلف الراهن والمرتهن فى صفة الرهن الذى تلف ولزم المرتهن ضمانه إما لتعديه أو لعدم البينة على ضياعه أولان ذلك حكم ما يغاب عليه من الرهون على رواية أشهب عن مالك فان اتفقا على صفة الرهن حكم بقيمة تلك الصفة وان اختلفا فى صفته وقيمته وصفه المرتهن وحلف على ذلك وعلى ماله فيه يريد ان اختلفا فى قدر الدين قال ثم يقوم بتلك الصفة فان كان فى القيمة فضل أخذه الراهن وان كان نقص حلف الراهن على ما سمى و بطل عنه ما زاد على قيمة الرهن فان نكل أدى ما زاد على قيمة الرهن ووجه ذلك أن المرتهن غارم فالقول قوله فيما ينكره مما يدعيه عليه الراهن من صفة الرهن و يحلف مع ذلك على ما قابله فيه من الدين لان القول قوله فى قدر الدين الى منتهى قيمة تلك الصفة فلذلك جعت له يمينه ما يستحقه بيمينه فى هذه الحكومة فان حلف فكان فى القيمة فضل على الدين أدى الفضل الى الراهن وان كان فى الدين فضل على القيمة حلف الراهن على ما سماه المرتهن من دينه ليسقط عن نفسه ما فضل منه على قيمة رهنه ان كان ما أقر به من الدين أقل من قيمة السلعة (مسئلة) ولو اختلفا فى قيمة الرهن وصفته واتفقا فى قدر الدين فقال الراهن قيمة الرهن عشرون دينارا وقال المرتهن قيمته ثلاثون دينارا واتفقا على أن الدين عشرة ففى المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك يحلف المرتهن ما قيمته الا ثلاثة دنانير ويسقط من الحق بقدرها ومعنى ذلك أن يرجع المرتهن على الراهن ببقية قدر الدين وذلك سبعة دنانير لان الراهن قد أقر أن الدين عشرة فان أثبت أن قيمة الرهن ثلاثة دنانير بيمين المرتهن أدى باقى الدين سبعة دنانير وهذا مبنى على أن الدين لا يشهد لقيمة

الرهن ووجه ذلك ان الرهن مبنى على أنه لا يراعى قيمته يوم الرهن وانما يراعى يوم يحتاج الى بيعه ولذلك يرتهن مالا قيمة له يوم الرهن كالثمرة التى لم تؤبر وتلف الرهن قبل وقت بيعه فلذلك لم يشهد الدين بقيمته وقد روى أبو زيد فى سماعه عن أصبغ فيمن رهن رهنا بألف دينار فقضاها ثم أخرج اليه المرتهن ثوبا قيمته دينار واحد وقال الراهن رهنتك ثوبا وشيا ووصف ثوبا قيمته ألف دينار ان القول قول الراهن اذا تفاوت الأمر هكذا * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهذا عندى ليس من باب شهادة الرهن وانما هو من باب أن يدعى مالا يشبه ويدعى صاحبه مايشبه فالقول قول مدعى مايشبه الا أن هذا نوع من شهادة الدين للرهن والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو نكل المرتهن عن اليمين ففى المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك يحلف الراهن أن قيمة رهنه عشرون دينارا ويحط عنه للدين عشرة ويأخذ عشرة بقية قيمة رهنه وروى ابن حبيب عن أصبغ مثله ووجه ذلك ماقدمناه وان أبى الراهن أن يحلف أعطى المرتهن مافضل بعد قيمة الرهن يريد أن الراهن لما نكل عن اليمين بعد ماردت عليه بقدر الرهن من القيمة ماأقر به المرتهن فيعطى الراهن المرتهن مافضل من دينه عن قيمة الرهن والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ولو قال المرتهن لا علم لى بقيمة الرهن حلف الراهن على صفته وكان ذلك اذا جاء بالأمر الذى لا يستنكر يريد أن يأتى بما يشبه من صفة مايرهن فى مثل ذلك الدين وما يكون له من القيمة فيما يقرب منه على ما جرت عادة الناس فى الرهون وانما راعى فى ذلك الأمر الذى لا يستنكر لان المرتهن لم ينكل عن اليمين ولا ادعى الجهل بصفة الرهن على الاطلاق وانما ادعى الجهل بتحقيق الصفة على وجه يحلف عليها ويكون ذلك صفتها على حقيقتها فاذا أتى الراهن بصفة تبعد عن مقدارها عنده كان له الرجوع الى أن يصفها بصفة لا شك أنها أفضل من صفة الرهن وهى دون الصفة التى وصفها بها الراهن بكثير فيسقط عن نفسه مايستنكره من الثمن ولو سمع وصف الراهن ثم نكل هو عن اليمين ورد اليمين عليه لكان للراهن ماحلف عليه ولم يعتبر عليه فى ذلك مايستنكر لان المرتهن قد رضى بذلك حين رد عليه اليمين بعد العلم بتلك الصفة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقول مالك وذلك اذا قبض المرتهن الرهن ولم يضعه على يد غيره يريد أن المرتهن انما يضمن الرهن الذى يغاب عليه على الوجه المذكور اذا كان هو الحائز له وأما اذا كان موضوعا على يد غيره بحكم حاكم أو باتفاق الراهن والمرتهن فلا ضمان على المرتهن فى ضياعه وان لم تقم بذلك بينة وأما سائر ماتقدم من قوله فى شهادة قيمة الرهن بقدر الدين فيحتمل أن يتناوله هذا الشرط على قول أصبغ ويحتمل أن لا يتناوله على قول ابن المواز وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وفى ذلك ستة أبواب * الباب الأول فى وجوب الحيازة للرهن وكونها شرطا فى صحته أو اتمامه * والباب الثانى فى صفة الحيازة وتمييزها مما ليس بحيازة * والباب الثالث فيمن يكون وضع الرهن على يده حيازة وتمييزه من غيره * والباب الرابع فيمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين * والباب الخامس فيمن يقوم بالرهن ويلى الانفاق عليه والاستغلال له * والباب السادس فى حكم العدل الذى يوضع على يده الرهن

(الباب الأول فى وجوب الحيازة للرهن وكونها شرطا فى صحته أو اتمامه)

ليس من شرط الرهن السفر خلافا لمجاهد فى قوله لا يصح الرهن الا فى السفر والدليل على مانقوله ان كل وثيقة صحت فى السفر فانها تصح فى الحضر كالكفالة ولا يتم له حكم الرهن الا بالحيازة له

قال الله تعالى فرهان مقبوضة فجعل ذلك من صفات الرهن اللازمة له وذلك بمعنى الشرط فيه فصار حكم الرهن متعلقا بالرهن المقبوض واذا أقر الرهن بيد الراهن وأشهد عليه أن لا يبيعه ولا يهبه ولم يطلبه ولم يقبض منه فليس برهن حتى يقبضه منه المرتهن أو وكيله أو من تراضيا به رواه ابن وهب عن مالك في المجموعة لان الله تعالى وصف الرهان بانها رهان مقبوضة ولا يقع اسم القبض على ما بقي بيد الراهن وان كل ما جعلت الحيازة شرطا فيه لم يكن الا بمعنى القبض كالهبة (مسئلة) ولا يكفي من حيازته الاتفاق على الاقرار بذلك حتى تشهد البينة على معاينة ذلك قاله ابن الماجشون في الموازية والمجموعة وهو مذهب مالك وذلك ان حق الغير متعلق به حين الحاجة الى الحكم بكونه رهنا بعد موت الراهن أو فلسه وقت تعلق الغرماء به وأما قبل ذلك فلا حاجة لهما الى ذلك ولا يمتنع عليهما بصحته بكل وجه (مسئلة) ولو مات الراهن أو أفلس ووجد الرهن بيد المرتهن أو بيد الأمين الموضوع على يده ففي الموازية والمجموعة عن عبد الملك لا ينفع ذلك حتى تعلم البينة أنه حازه قبل الموت أو الفلس قال ابن المواز صواب لا ينفعه الا معاينة الحوز لها حين الارتهان ووجه ذلك انه قد وجد بيده بعد الموت أو الفلس ولما كان من شرط ثبوت حكم الرهن له قبضه وحيازته قبل تعلق حق الغرماء به لم يحكم له بذلك الا بعد ثبوت الشرط في وقته وقبل فوته * قال أبو الوليد رضي الله عنه وعندي لو ثبت انه وجد بيده قبل الموت والفلس ثم أفلس أو مات الراهن لوجب أن يحكم له بحكم الرهن والله أعلم ولعله أن يكون هذا معنى قول محمد لا ينفعه الا بمعاينة الحوز بمعنى كون الرهن بيده في وقت يصح فيه الحوز وظاهر اللفظ يقتضي أن لا ينفع هذا حتى يعاين تسليم الراهن له الى المرتهن على هذا الوجه وهو وجه محتمل ويتعلق به أحكام سنوردها وننبه عليها في مواضعها ان شاء الله تعالى

(الباب الثاني في صفة الحيازة وتمييزها مما ليس بحيازة)

فأول ذلك ان الرهن يلزم بمجرد القول خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما لا يلزم الا بالقبض * قال القاضي أبو محمد والدليل على ذلك قول الله تعالى فرهان مقبوضة قال فلنا من الآية دليلان أحدهما أنه قال عز من قائل فرهان مقبوضة فأثبتها رهانا قبل القبض والآخر ان قوله فرهان مقبوضة أمر لانه لو كان خبرا لم يصح أن يوجد رهن غير مقبوض ومن قولهم ان الراهن لو جن أو أغمي عليه ثم أفاق فسلم فصح فيثبت انه أمر ومن جهة القياس انه عقد وثيقة كالكفالة (مسئلة) وهل يكون من شرط صحة الحيازة للرهن أن يقبضه الحائز لذلك أم لا اختلف أصحابنا فيه ففي كتاب ابن المواز من رواية ابن القاسم عن مالك فيمن اكترى دارا أو عبدا سنة أو أخذ حائطا مساقاة ثم ارتهن شيأ من ذلك قبل تمام السنة فلا يكون محوزا للرهن لانه يحوز قبل ذلك بوجه آخر وفي المجموعة قال سحنون ومذهب ابن القاسم انه يجوز أن يرتهن الرجل ما في يده باجارة أو مساقاة ويكون ذلك حيازة للمرتهن كالذي يخدم العبد ثم يتصدق به على آخر فحوز المخدم حوز للمتصدق عليه وقال القاضي أبو محمد ان رهن عينا كان غصبها قبل ذلك صح وسقط ضمان الغصب وجه القول الاول وهو قول أبي حنيفة أن هذا رهن بقي بيد من استحق قبضه قبل الرهن فلم يكن محوزا كما لو بقي بيد الراهن ووجه القول الثاني ما تقدم من احتجاج ابن القاسم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن رهن بيتا من دار بما يليه من الدار حازه المرتهن بغلق أو كراء قال ابن حبيب عن أصبغ ان حده له نصف الدار فهو أحسن وان لم يحده ولكنه رهنه البيت بعينه ونصف الدار شائعا فحيازته للبيت تكفيه وهي

حيازة للجميع وكذلك فى الصدقة يريد بقوله لحيازة المرتهن بغلق البيت ان غلقه للبيت على ذلك الوجه حيازة له وسائر ما ارتهن من الدار وأما الكراء فانه يشتمل على الجميع واختار أصبغ أن يحد له ما احتازه من الدار بحدود تضرب فيه بمعنى القسمة له حتى يتميز الرهن من غيره لكنه ان حاز البيت أجزأه ذلك وهو يحتمل وجهين أحدهما ان البيت هو معظم الرهن والباقى تبع له والثانى أن يكون ذلك مبنيا على جواز حيازة المشاع مع غير الرهن ويكون معنى المسئلة بقية الدار لغير الراهن وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فيمن ارتهن الدار وفيها طريق للسلمين يسلكها الراهن وغيره قال اذا حاز البيوت لم يضره الطريق لانه حق للناس كلهم فراعى فى الحيازة البيوت دون الساحة ويحتمل ذلك ما قدمناه من أنه تبع للبيوت (مسئلة) ويجوز عند مالك رهن المشاع وبه قال الشافعى ومنع من ذلك أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ان كل ما صح قبضه بالبيع صح ارتهانه كالمقسوم (مسئلة) اذا قلنا انه يجوز رهن المشاع فلا يخلو من رهن نصف شئ أن يكون باقيه له أو لغيره فان كان لغيره ففى كتاب ابن المواز لأشهب من كان له نصف عبد أو نصف دابة أو ما ينقل ويحول كالثوب والسيف لم يجزله أن يرهن حصته الا باذن شريكه وكذلك كل ما لا ينقسم لان ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه فان لم يأذن له انتقض الرهن فان أذن له جاز ذلك ثم لا رجوع له فيه ولا له بيعه الا بشرط أن يبقى جميعه بيد المرتهن الى الأجل وكذلك لو كان جميعه على يد الشريك فأراد الشريك بيع نصيبه على أن يكون جميعه بيده الى الأجل جاز ولا يفسد ذلك البيع وان لم يكن بقرب الأجل لانه باع ما يقدر على تسليمه كالثوب فى الغائب * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهذا عندى لا يمنع ما ذكر لان رهن نصيب منه لا يمنعه من بيع نصيبه ان شاء بان يفرده بالبيع أو بان يدعو الراهن الى بيع حصته معه على الوجه الذى كان له ذلك قبل الرهن فان باعه بغير جنس الدين كان الثمن رهنا فان كان بجنس الدين قضى منه دينه ان لم يأت برهن بدل منه قال أشهب فى المجموعة الا أن يحتمل ذلك القسمة فيقسم وتصير حصة الراهن بيد المرتهن أو بيد أمين (مسئلة) واذا قلنا بجواز ذلك باذن الشريك أو بغير اذنه فان الحوز فيه يكون عند ابن القاسم بان يحل المرتهن فيه محل الراهن وقال أشهب وعبد الملك لا يتم فيه الحوز الا بأن يجعل جميعه على يدى الشريك قال أشهب أو غيره أو بيد المرتهن وجه قول ابن القاسم ان هذا رهن لجزء مشاع فجاز أن يحاز بان يحل المرتهن فيه محل الراهن مع شريكه كالدار والحمام وقد جوز ذلك أشهب وعبد الملك فى الدار والحمام وذكر ذلك عنهما ابن المواز وابن عبدوس وقالا وهذه حيازة ما لا يزال به (مسئلة) ولو رهنه عبدا أو ثوبا فان حيازته قبض المرتهن أو العدل لجميعه فان استحق نصفه ففى الموازية والمجموعة عن أشهب هو على ما تقدم ان شاء المستحق أن يكون جميعه بيد المرتهن فهو جائز وان منع من ذلك وكان واحدا لا ينقسم بيع فأخذ المرتهن ثمن مال الراهن يتعجله من دينه ان كان من جنس دينه وان كان من غير جنسه مثل أن يكون دينه دراهم فيباع بدنانير أو يكون دينه دنانير فيباع بدراهم وقف رهنا الى الأجل قال ولو رهنك النصف ثم أراد بيع النصف الثانى لم يكن له ذلك حتى يحل الأجل على ما تقدم ومذهب ابن القاسم انه يجوز أن يبقى الرهن الى أجله ويحوز المرتهن منه النصف الثانى مع المستحق لنصفه وهو معنى قوله فى المدونة

(فصل) فان كان جميع الرهن للراهن فرهن نصفه فانه لا يصح الرهن مع بقاء شئ من العبد بيد الراهن وانما يصح أن يسلم جميعه الى المرتهن أو الى العدل (مسئلة) وأما ما لا ينقل ولا يحول

كالدور والأرضين والرباع فانه ان رهنه نصف دار له جميعها جاز ذلك قال فى كتاب ابن المواز فيقوم بذلك المرتهن مع الراهن يكريانه جميعا أو يحوزانه أو يضعانه على يدى غيرهما وفى المجموعة لابن القاسم عن مالك ان قبضه أنه يحوزه دون صاحبه وهذا ان أشار به الى الجزء الذى ارتهن فوافق لما فى كتاب ابن المواز وان أشار به الى جميع مارهن بعضه فمخالف له وقد قال أشهب فى المجموعة لا حيازة فيه الا بقبضه كله على يد المرتهن أو يد عدل ووجه القول الاول ان ماصح أن يكون حيازة فى الهبة صح أن يكون حيازة فى الرهن كقبض الكل ووجه القول الثانى ان الهبة لما كانت لا يطرأ عليها الفساد بعد تمامها بالحيازة جاز أن يكفى فيها من الحيازة قبض الحصة الموهوبة والرهن بخلاف ذلك لانه يطرأ عليه الفساد بعد تمامه بالحيازة فلم تصح حيازته الا بمنع الراهن منه جملة (فرع) ولو رهن رجل حصة من دار ثم اكترى من شريكه حصته لم يبطل ذلك الرهن فى الحصة التى رهن وللمرتهن منعه من سكنى الحصة التى اكترى حتى يقاسمه فيحوز حصة الرهن قاله ابن القاسم وزاد أشهب ويمنعه القيام بالحصة التى اكترى حتى يجعل ما اكترى من ذلك على يد المرتهن بيده ليتم الحوز ووجه ذلك ان ملكه لمنافع حصته من الدار لا يمنع من حصة حيازة الرهن كما لم يمنع من ذلك ملكه لمنافع الرهن وانما يمنع من ذلك سكناه اياه وتصرفه فيه لان هذا لو فعله فى حصة الرهن لأبطل حيازته (مسئلة) ومن صحة حيازة الرهن أن تتصل حيازته على الوجه الذى ذكرناه فان أحدث الراهن فيه حدثا قبل أن يقبضه المرتهن فكل مافعل فيه من بيع أو وطء أو عتق أو هبة أو صدقة أو عطية أو غير ذلك نافذ ان كان مليا وان كان معسرا لم ينفذ منه الا أن تحمل الأمة أو يبيعها رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية قال ولو قام المرتهن بطلب حيازة الرهن قبل أن يفلس الراهن أو يحدث ماذكرناه قضى له بذلك وقال أبو حنيفة ينفذ عتقه موسرا كان أو معسرا وللشافعى فيه قولان أحدهما مثل قول أبى حنيفة والثانى مثل قولنا فان حازه المرتهن على يده أو يد عدل ثم رجع الى الراهن باذن المرتهن باجارة أو مساقاة أو وديعة أو بغير ذلك فقد قال ابن القاسم وأشهب فى الموازية وغيرها قد خرج من الرهن قال ابن القاسم ولو أذن له فى سكنى الدار لخرجت عن الرهن قال هو وأشهب ولو أذن له فى زراعة الأرض فزرعها وهى بيد المرتهن فقد خرجت عن الرهن خلافا للشافعى ووجه ذلك انه قد عدمت الصفة التى هى شرط فى صحة كونه رهنا وهى الحيازة (فرع) ولو مات الراهن فأكرى المرتهن الرهن بعد ان حازه فى حياته من بعض ورثته لم يخرج بذلك عن الرهن رواه ابن المواز عن ابن الماجشون ووجه ذلك ان الرهن لم يرجع الى الراهن لان الدين لم ينتقل الى ذمم الورثة (فرع) فان وقع من ذلك ما يبطل الحيازة ثم قام المرتهن يريد رد ذلك ليصح رهنه فقد روى ابن المواز وابن عبدوس عن أشهب له ذلك الا أن يفوت بتحبيس أو عتق أو تدبير أو غيره أو قيام غرمائه وقال ابن القاسم الا فى العارية الا أن يكون أعاره على ذلك وقاله أشهب فى كتاب ابن المواز فى العارية وقال بعض القرويين انما فرق ابن القاسم بينهما اذا كانت العارية مؤجلة فليس له ارتجاع الرهن بعد أن يعيره الا أن يعيره على ذلك ولو كانت العارية غير مؤجلة لكان له أن يأخذ الرهن بعد الأجل كالاجارة وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم ان من جعل على يديه اذا أكراه من الراهن بعلم المرتهن فقد خرج عن الرهن وان سكت حين علم بذلك خرج عن الرهن ولو أكراه باذنه أو ترك الفسخ حين أعلم بذلك وقد أكراه بغير اذنه ثم أراد أن يفسخ ذلك فليس له ذلك وجه قول أشهب ان تأخر قبض

الرهن لا يمنع تلافيه قبل فوته كما لو ترك قبضه وقت الرهن ثم قام يريد قبضه قبل فوته فان ذلك له
ووجه قول ابن القاسم ان القبض الواجب لحق الرهن قد وجب أولا فاذا رده فقد ترك حقه ورده
فلا رجوع له فيه (فرع) فان فات قبل الارتجاع بعتق أو تحبيس أو ما أشبه ذلك والراهن عديم
رد لعدمه ولا يرد البيع ولا يعجل من ثمنه الدين ولا يوضع له الثمن لأنه قد رده كما لو باعه قبل حيازة
المرتهن قاله أشهب في الموازية

(فصل) وهذا في حيازة الاعيان وأما الديون فارتهانها جائز قاله مالك ولا يخلو أن يكون دين له
ذكر حق أو دين لا ذكر له فان كان دين له ذكر حق فحيازته أن يدفع اليه ذكر الحق ويشهد له به
فهذا يجوز أن يكون أحق به من الغرماء في الموت والفلس قاله مالك في الموازية ووجه ذلك ان
هذا غاية ما يمكن في حيازته (مسئلة) وان لم يكن للدين ذكر حق فهل يجزىء فيه الاشهاد قال
ابن القاسم في المجموعة ان لم يكن فيه ذكر حق فاشهد فلا بأس بذلك ونحوه عن مالك وقال ابن القاسم
أيضا اذا لم يكن فيه ذكر حق لم يجز الا ان يجمع بينهما واذا كان فيه ذكر حق جاز ذلك وهو ظاهر
قول مالك في الموازية وجه القول الاول ان الاشهاد أقوى من الجمع بينهما وهو غاية ما يتوثق به
ويصرف به المال الى الموهوب له وأما الجمع بينهما فليس فيه أكثر من اعلام الذي عليه الحق ولا
اعتبار برضاه في ذلك فلا معنى لاعلامه على معنى الاشهاد (مسئلة) واذا كان الدين للراهن على
المرتهن فان كان أجل الدين الى مثل أجل الذي رهن به أو أبعد منه جاز ذلك وان كان أجل الدين
الذي رهن به أقرب لم يجز ذلك لان بقاء الرهن بعد محله رهنا كالسلف فصار في البيع بيعا وسلفا الا
أن يجعل ذلك بيد عدل الى محل أجل الدين الذي رهن به وهذا تفسير قول مالك في العتبية وغيرها
ووجه ذلك ان الدين الذي هو الرهن اذا حل الاجل وكان الاجل الى شهر ثم اشترى سلعة بريد الى
شهرين على أن يؤخر بدينه الحال أو المؤجل الى شهر أو شهرين فهو بيع وسلف ولو كان الرهن
الى شهرين فاشترى سلعة الى شهر فانه جائز لا يقضي دينه عند انقضاء أجله ويبقى الدين الذي هو
الرهن الى أجله وان احتيج الى بيعه بيع على ما بقي من أجله وليس في ذلك وجه من وجوه الفساد
(مسئلة) ومن تسلف من امرأته دراهم ورهنها بها خادما فقال ابن القاسم في الموازية والعتبية
أحب الي لو جعلاها بيد غيرهما وقال في موضع آخر لا يكون ذلك رهنا وقال أصبغ في الموازية
ذلك حوز لها وكذلك كل ما في البيت الا رقبة البيت فلا يكون سكناها فيها حوزا ويصح أن يكون
قولها مبنيا على صحة اختيار الزوجة مارهنه الزوج أو منع ذلك وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله
تعالى ويصح أن يكون مبنيا على ان خدمة الزوجة مستحقة على الزوج والمنزل منزل الزوج فلا يجاز
عند ابن القاسم عنه ما كان فيه بخلاف ما تقدم لأصبغ والله أعلم

(الباب الثالث فيمن يصح وضع الرهن على يده)

فاذا كان يتيم له وليان فان رهن منهما رهنا بدين على اليتيم فوضع على يد أحدهما ففي كتاب ابن المواز
عن عبد الملك لا يتم فيه الحوز لأن الولاية لهما ولا يحوز المرء على نفسه (مسئلة) ومن ارتهن
حائطا فجعل على يد المساقي فيه أو الاجير فليس برهن حتى يجعل على يد غير من في الحائط وليجعل
المرتهن مع المساقي رجلا يستخلفه أو يجعله على يد من يرضيان به رواه ابن القاسم عن مالك في
الموازية وقال عبد الملك في المجموعة ان كان رهن نصفه لم يجز ذلك في الأجير والقيم وان كان رهن
جميعه فهو جائز وجه القول الاول ان المساقي والاجير لما كانا عاملين للراهن كانت أيديهما له فلا

تصح الحيازة مع بقاء الرهن بيد الراهن أو بيد من يقوم مقامه كما لو رهن نصف الحائط و وجه القول الثانى ان يد الاجير انما نابت عن يد الراهن بأمره فاذا بقى له أمر فى بقائه بيده لبقاء بعضه غير مرهون لم يجز ذلك لأنه لا يكون حائزا محوزا منه وان لم يبق له فيه شئ فقد زالت يد الاجير عن جميع الرهن بالامر الاول وصار الرهن بيده لمعنى آخر (مسئلة) وهل يصح ان يوضع الرهن على يد غير الراهن ففى المجموعة عن عبد الملك اذا وضع الرهن على يد قيم ر به من عبده أو أجيره أو مكاتبه فان كان شيأ يرهن بعضه فليس بحوز وان رهن جميعه فذلك حيازة الا فى عبده قال وحوز العبد من سيده الرهن ليس بحوز كان مأذونا له فى التجارة أو غير مأذون وجه ذلك ان يد العبد لسيده ولا يصح ان يكون الرهن محوزا مع بقائه بيد الراهن (مسئلة) وأما وضع الرهن بيد زوجة الراهن ففى كتاب ابن المواز عن أصبغ انه ان حيز الرهن بذلك عن راهنه حتى لا يلى عليه ولا يقضى فيه فهو رهن ثابت وقال ابن القاسم فى المجموعة يفسخ ذلك ونحوه عنه فى العتبية والموازية وجه قول أصبغ ان الزوجة تحوز لنفسها عنه فكذلك يجوز أن تحوز لغيرها و وجه قول ابن القاسم أن المرأة للزوج عليها نوع من الحجر ولذلك هى ممنوعة فيما زاد على الثلث فلم تحز الرهن على الزوج كعبده و ولده الصغير (مسئلة) وأما وضع الرهن بيد أخى الراهن ففى العتبية والموازية عن ابن القاسم لا ينبغى أن يوضع الرهن على يد أخى الراهن وذلك لضعفه وقال ابن القاسم فى المجموعة أما فى الاخ فذلك رهن تام وجه القول الاول ان الرهن مبنى على منافاة تصرف الراهن والمعتاد من حال الاخ أن لا يمنع أخاه من مثل هذا فلذلك ضعفت حيازته ووجه القول الثانى وهو الصحيح انه مالك لنفسه بائن عنه بملكه فاشبه الأجنبي (مسئلة) وأما وضع الرهن على يد ابن الراهن فلا خلاف فى المذهب انه ان كان الابن فى حجره ان ذلك غير جائز وأما الابن المالك لأمر نفسه البائن عن أبيه ففى العتبية والموازية عن ابن القاسم لا ينبغى أن يوضع على يد ابنه وقال فى المجموعة ان وضع على يده فسخ وقال سحنون فى العتبية هذا فى الصغير وأما الكبير البائن عنه فانه جائز ورواه ابن وهب عن ابن الماجشون فى الابن والبنت وتوجيه ذلك مبنى على ما تقدم والله أعلم

(الباب الرابع فيمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين)

فانه اذا شرط المرتهن كون الرهن على يديه جاز ذلك ان كان مما يعرف بعينه كالدور والعقار والحيوان والثياب وغير ذلك مما لا يكال ولا يوزن فأما الدنانير والدراهم فلا يجوز ذلك فيها لجواز أن ينتفع بها فيرد مثلها وقال أشهب فى المجموعة لا أحب ارتهان الدنانير والدراهم والفلوس الا مطبوعة للتهمة فى سلفها فان لم تطبع لم يفسد الرهن ولا البيع ويستقبل طبعها متى عثر على ذلك وهذا اذا كان على يد المرتهن دون الأمين وما أرى ذلك فى الطعام والادام وما لا يعرف بعينه لانه لا يكاد يخفى التصرف فيه ويخفى فى العين فالتهمة فيه أبين والذى فى المدونة فى الدنانير والدراهم والفلوس انه يجوز ارتهانها اذا طبع عليها والا فلا قال وكذلك الحنطة والشعير وجميع ما يكال أو يوزن اذا طبع عليها وحيل بين المرتهن وبين الانتفاع به قال لان الطعام يؤكل والعين تنفق ويؤتى بمثلها والثياب والحلى لا يؤتى بمثلها الا انها معينة والله أعلم (مسئلة) وان شرط كونها على يد أمين لزمهما ذلك أيضا ولا يحتاج أن يطبع منها على ما لا يعرف بعينه وهو مذهب ابن القاسم وأشهب فان لم يشترطا شيأ فقد قال محمد بن عبد الحكم انهما اذا اختصما فى ذلك قيل لهما اجعلاه على يد من رضيتما فان لم يجتمعا على الرضى باحد جعله القاضى عند من يرضاه ووجه ذلك انهما اذا شرطا من يوضع على يده لزمهما ذلك

واذا لم يشترطاه ورضيا به جاز ذلك لان الحق فى ذلك لم يخرج عنهما ولزمهما من رضيا به بعد عقد الرهن كما لزمهما عند عقد الرهن واذا لم يكن شئ من ذلك فان النظر فى ذلك من الاختلاف عائد الى الحكم كمال اليتيم لا ولى له أومال الغائب لا وكيل له ولا يلزم المرتهن أن يوضع ذلك على يده اذا أباه قال لانه يريد أن يزيل عن نفسه ضمانه والله أعلم (مسئلة) فان مات الأمين فأوصى الى رجل لم يكن الرهن على يده ولكن على يد من يرضى المتراهنان به قال ابن القاسم فى المدونة قال أشهب فى المجموعة وعلى الوصى أن يعلمهما بموته ثم ان شاء اقراره عنده أو عند غيره فان اختلفا فيه وفى غيره جعل بيد أفضل الرجلين

(الباب الخامس فيمن يلى الرهن ويقوم به من الانفاق عليه والاستغلال له)

روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان المرتهن يلى كراء الرهن وأحب الى أن يستأمر الراهن ان حضر فان لم يأمره مضى ذلك وقال ابن القاسم للمرتهن أن يكرى الرهن بغير اذن الراهن علم أو لم يعلم وقال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة ان لم يأمره الراهن بالكراء فليس له ذلك وفى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك ان المرتهن يلى كراء الرهن باذن الراهن وكذلك من وضع على يده يلى ذلك باذن الراهن وجه القول الأول ان عقد الرهن ووضعه بيد المرتهن يقتضى أن يلى كراءه لان الراهن ليس له ذلك لان توليه يخرجه عن الرهن ولا يجوز أن ينعقد الرهن على تضييع الغلة فاقتضى عقد الرهن ان يلى كراءه من وضع على يده ووجه القول الثانى ان عقد الراهن لا يقتضى حفظ المرتهن للعين التى رهنها وانما يكون ذلك للمرتهن باذن الراهن فاذا أذن له فى حفظه لم يكن له أيضا أن يلى كراءه واستغلاله الا باذنه وانما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بذلك كما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بحفظ الرهن (مسئلة) وليس للمرتهن أن يحابى فى كراء الرهن فان حابى ضمن المحاباة وقضى الكراء رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون ووجه ذلك ان عقد الكراء اليه فاذا عقده لزمه وعليه أن يستوفى الكراء فان حابى بشئ منه فهو هبة منه للمكترى فعليه ضمان ذلك القدر الذى حابى به لان الراهن صار كالمحجور عليه فى كراء الرهن يلزمه فعل من وضع على يده فيه من العقد وله الرجوع بما حابى فيه من قيمة منفعته (مسئلة) فان أراد الراهن أن يعجل الدين ويفسخ الكراء فان كان الكراء لا وجيبة لم يكن له فسخه وان كان بوجيبة فللراهن فسخه وان كان أجله دون أجل الدين رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال أصبغ ان كانت وجيبة الى أجل الدين وأدون فليس للراهن فسخه وان كانت أبعد من أجل الدين فله فسخ ما زاد عليه اذا حل الأجل وانما فرق ابن الماجشون بين الوجيبة وغيرها لان عقد الكراء اذا انعقد على معين يتقدر بنفسه لم ينفسخ بفوات زمان وان أغلق بزمان معين وقدر بزمان انفسخ بفوات ذلك الزمان وجه قول أصبغ أن الكراء على اللزوم فاذا لزم ما تقدر منه بالعمل فيما لا مضرة فيه على الراهن أو استدامة بقاء الدين الى أجله فكذلك ما تقدر منه بالزمان قال أصبغ ولو كان الدين حالا لم أر له أن يكريها بوجيبة طويلة جدا فان فعل لم يلزم الراهن اذا عجل الدين (مسئلة) فاذا ترك المرتهن أن يكرى الدار حتى حل الأجل فان كانت من الدور التى لها قدر كدور مكة ومصر أو كان العبد نبيلا ارتفع ثمنه لخراجه فيدعه لا يكريه فهو ضامن لأجر مثله واذا لم يكن له كبير كراء ومثله قد يكرى ولا يكرى لم يضمنه قاله ابن حبيب عن ابن الماجشون قال أصبغ لا يضمن فى الوجهين وكذلك الوكيل على الكراء يترك ذلك لم يضمن وجه قول ابن الماجشون ان الراهن محجور عليه فى كراء داره

وربعه الذي رهنه وذلك للمرتهن الذي هو بيده فاذا ضيعه لزمه ما ضيع وتعدى بتركه وجه قول أصبغ انه كالوكيل الذي ليس له فعل الا باذن الموكل فلا يلزمه ضمان شيء من ذلك (مسئلة) ولو أكرى الراهن الدار بأمر المرتهن خرجت من الرهن قال ابن المواز اتفق على ذلك ابن القاسم وأشهب ولكن يكريه المرتهن بأمر الراهن قال ابن القاسم وكذلك العارية وقال أشهب ان اعاره المرتهن بأمر الراهن خرج من الرهن * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندي أن يليه المكتري ويدخل معه فيه حتى يصير في حكم ما هو في يده وقد قال في المدونة انما قلت ان بيع الرهن باذن المرتهن لا يبطل الرهن اذا باعه في يد المرتهن ولو دفعه اليه يبيعه لنقض رهنه في قول مالك وقال يجوز ان ارتهن حصة المرتهن من جملة هذا الطعام فان أراد شريكه قسمته فان كان الراهن حاضرا أمر أن يحضر فيقاسم شريكه والرهن كما هو بيده فهذا أوجه ذلك والله أعلم وأحكم ويحتمل الوجه الآخر انه محجور عليه في التصرف فيه فعلى هذا انما يكون بيعه ومقاسمته بمعنى الاذن فيه ومباشرة المرتهن له ويحتمل عندي أن يفرق بينهما بأن المكتري يده يد من اكراه منه فاذا باشر الراهن الكراء فقبضه المكتري انتقص بذلك الرهن لانه قد قبضه الراهن واذا باشر ذلك المرتهن فانتقل بكرائه الى المكتري فلم يخرج عن يده فبقي على حكم الرهن ولذلك قال ابن القاسم وأشهب ان أعاره المرتهن بأمر الراهن خرج من الرهن ومعنى ذلك ان يد المستعير يد المعير وأما في البيع فان باعه الراهن وهو في يد المرتهن انتقل الى يد المشتري وقبض المرتهن الثمن فلم يخرج بذلك عن حكم الرهن وكذلك قسمة الطعام لا تنقل الرهن في شيء من ذلك الى يد الراهن ولا الى من يده في حكم يد الراهن وانما يبقى بيد المرتهن فلذلك جاز (مسئلة) واذا كان الكرم رهنا بيد عدل فأتى ربه بحفار يحفره ففي العتبية قال سحنون ولا يحضر حفره ولا يأتي بحفار وانما يأتي به المرتهن وهو يأمر بالحفر ومن حيث يبدأ وكذلك حرث الارض فهذا أوجه ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وعمل الحائط على المرتهن ومرمة الدار ونفقة العبد وكسوته على الراهن دون المرتهن رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك أن الملك للراهن دون المرتهن فعليه أن ينفق وليس له أن يترك الرهن يخرب ويفسد (مسئلة) واذا تهورت البئر المرتهنة فعلى الراهن اصلاحها رواه يحيي بن يحيي عن ابن القاسم في العتبية ومعناه في المدونة واذا غرم المرتهن خراج الارض المرتهنة فان كانت من أرض الخراج رجع على صاحب الارض وان لم تكن من أرض الخراج لم يرجع عليه بشيء لانها مظلمة وكذا اختزان الرهن ان كان مما يختزن على الراهن وان كان مما لا يختزن على الراهن مثله في العادة كالثوب والعبد فلا كراء فيه رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية وأما الرهن يحل بيعه بحيث لا سلطان به ولا يوجد من يبيعه الا بجعل فقد روى عيسى وأصبغ عن ابن القاسم ان الجعل على من طلب البيع قال عيسى وما أرى الجعل الا على الراهن ووجه ذلك ان على الراهن صرف الرهن الى صفة يقتضي منها المرتهن حقه فيجب أن يكون جعل صرف ذلك عليه واذا مات العبد المرتهن فكفنه ودفنه على راهنه قاله مالك في المدونة ووجه ذلك ان هذا من مؤنته وذلك لازم لمالكه دون مرتهنه (مسئلة) واذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر الراهن فهو سلف ولا يكون في الرهن الا بشرط سواء أنفق باذنه أو بغير اذنه وليس كالضالة ينفق عليها فيكون عند مالك أولى بها من الغرماء حتى يستوفي نفقتها لانه لا بد أن ينفق عليها وليس عليه ذلك في الرهن لانه يطلب الراهن أن يرفع ذلك الى الامام في غيبته قاله ابن القاسم قال أشهب هو مثل الضالة والرهن بها رهن وليس للراهن منعه

من ذلك لان الرهن يهلك ان كان حيوانا ويخرب ان كان ربعا (مسئلة) وهل يلزم الراهن الانفاق وان كان موسرا ففي المدونة من ارتهن زرعا أو ثمرة لم يبد صلاحها فانهارت بئرها وأبى الراهن أن ينفق عليها فليس للمرتهن أن ينفق عليها ويرجع بما أنفق عليها ولكن يكون ما أنفق في رقاب النخل حتى يستوفيه ويبدأ بما أنفق قبل الدين وروى عن ابن القاسم في المختصر من غير المدونة ان الراهن يجبر على الاصلاح ان كان مليا وجه القول الاول ان العين التي ارتهنها قد تغيرت فليس على الراهن بدلها كالو مات الحيوان ان لم يكن عليه أن يأتي ببدله ووجه القول الثاني ان هذه نفقة يحيا بها الرهن فلزمت الراهن كنفقة الرقيق (مسئلة) واذا حل أجل الدين ولم يقض الراهن الدين فلا يخلو أن يكون عرا الرهن عن شرط أو يكون جعل الراهن بيعه لمن هو بيده فان لم يكن في ذلك شرط فليس لمن هو بيده بيعه ويرفع ذلك الى السلطان قاله مالك في المدونة قال ابن القاسم في غير المدونة فان باعه رد بيعه قال ولا يبيعه الا ربه أو السلطان وجه ذلك انه غير محجور عليه فلا يلي أحد بيع ماله الا أن يأبى من الحق فيبيعه عليه السلطان (مسئلة) فان كان شرط له بيعه عند الأجل ففي المدونة انه ان كان الراهن قد شرط ان لم يأت بالدين الى الأجل والذي هو بيده مسلط على بيعه فان مالكا قال لا يبيعه الا بأمر السلطان زاد ابن القاسم عن مالك في العتبية وغيرها كان على يد المرتهن أو يد غيره وشرط ذلك فلا يفعل وشدد فيه وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع ما أرى بيعه جائزا الا بأمر السلطان وان شرط ذلك وقال عيسى قال ابن القاسم مثله وبهذا قال الشافعي انه لا يصح توكيله على بيعه وحكى القاضي أبو محمد عن المذهب أنه يكره ويصح كالوكالة قال ابن القاسم وبلغني عن مالك انه قال فان باعه نفذ البيع ولم يرد فات أو لم يفت كان له بال أو لم يكن اذا أصاب وجه البيع لانه بيع باذن ربه وروى ابن المواز عن أصبغ عن ابن القاسم انه قال يمضي ذلك الا أن يكون مما له بال كالدور والأرضين والرقيق والحيوان وماله بال في القدر أيضا فليرد ان لم يفت فان فات أمضى الا ان يعلم له صفة تساوي أكثر مما بيع به فيضمن الفضل قال وبلغني ذلك عن مالك وقال أشهب في الموازية والمجموعة أما القصب والقثاء وما يباع من الثمر شيأ بعد شئ فليبع بمحضر قوم كما شرط وأما الرقيق والدور والثمار فلا بد من السلطان وقال أشهب وهذا بموضع السلطان وأما بلد لا سلطان به فيه أو سلطان يعسر تناوله فبيعه جائز اذا صح وأمن الغرر وذكر الشيخ أبو القاسم هذه الرواية على غير هذا فحكى عن المذهب انه اذا كان اشتراء القصب ونحوه مما لا يبقى مثله أو ينقص ببقائه فللمرتهن الموكل على البيع بيعه وان كان عرضا أو ربعا تكثر قيمته ولا يضر بقاؤه فقد كره له بيعه الا باذن الحاكم اذا غاب ربه وقال أشهب لا بأس ببيع الربع وغيره وجه القول بمنع البيع انه بائع بسبب نفسه فتقوى فيه التهمة ووجه القول الثاني ان كل من يصح توكيله على بيع غير الرهن صح توكيله على بيع الرهن كالأجنبي (فرع) واذا أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل فقد حكى الشيخ أبو القاسم والقاضي أبو محمد عن المذهب ليس له ذلك الا باذن المرتهن وقال القاضي أبو اسحق له ذلك وبه قال الشافعي وجه القول الاول ان هذه وكالة اذا شرطت في العقد صارت من موجباته فلم يكن للراهن فسخها كامساك الرهن وجه الرواية الثانية انه عقد وكالة فلم يلزم بالعقد كسائر الوكالات (مسئلة) وبيع الرهن مختلف قال ابن عبدوس اذا أمر الامام ببيع الرهن فاما اليسير الثمن فيباع في مجلس وما كان أكثر منه ففي الأيام وما كان أكثر منه ففي أكثر من ذلك وأما الجارية الفارهة والدار والمنزل والثوب الرفيع فبقدر ذلك حتى

يشتهر ويسعر به ور بما نودى على السلعة الشهرين والثلاثة وكل شئ بقدره (مسئلة) واذا أمر الامام ببيع الرهن بغير العين من عرض أوطعام فقد قال ابن القاسم فى الموازية لا يجوز ذلك وقال أشهب ان باعه بمثل ماعليه ولم يكن فيه فضل فذلك جائز وان كان فيه فضل لم يجز بيع تلك الفضلة والمشترى بالخيار فيما بقى ان شاء تمسك وان شاء رد لما فيه من الشركة وان باعه بغير ما عليه لم يجز

﴿ القضاء فى الرهن يكون بين الرجلين ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول فى الرجلين يكون لهما رهن بينهما فيقوم أحدهما ببيع رهنه وقد كان الآخر انظره بحقه سنة قال ان كان يقدر على أن يقسم الرهن فلا ينقص حق الذى انظره بحقه بيع له نصف الرهن الذى كان بينهما فاوفى حقه وان خيف أن ينقص حقه بيع الرهن كله فأعطى الذى قام ببيع رهنه حصته من ذلك فان طابت نفس الذى انظره بحقه لم يدفع نصف الثمن الى الراهن والاحلف المرتهن انه ما أنظره الا ليوقف لى رهنى على هيئته ثم أعطى حقه ﴾ ش وهذا على حسب ماقال ان الرجلين يصح أن يرتهنا رهنا من رجل فان رضى الراهن أن يكون بيد أحدهما فذلك جائز ويضمن حصته منه وهو فى باقيه أمين يضمنه الراهن قال ذلك ابن القاسم وأشهب زاد أشهب فى المجموعة فان لم يتراضيا بكونه بيد أحدهما جعل بيد أمين ولا يضمنانه قال ابن القاسم وأشهب وان قبضاه من الراهن ولم يجعلاه بيد أحدهما ضمناه وان جعلاه بيد أمين وجه ذلك انه انما أسلمه اليهما فان انفرد أحدهما بعد ذلك بقبضه أو اتفقا على وضعه عند من شاآ فقد تعديا فيه وجعلاه عند من لم يأذن لهما فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فى الرجلين اذا ارتهنا رهنا بحق لهما ذلك يكون على وجهين أحدهما ان يرتهناه فى وقت واحد والثانى ان يرتهن أحدهما فضل الآخر ومسئلة الكتاب تقتضى انهما ارتهناه معا ولو ارتهنا رهنا بدين لهما على رجل فانظره أحدهما بحقه سنة وقام الآخر يطلب تعجيل حقه فان كان الرهن لا تنقص قيمته بالقسمة قال فى الأصل ان لم تنقص قسمته حق الذى انظره بحقه بيع وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك وهو فى الموازية والعتبية من رواية عيسى وأبى زيد عن ابن القاسم ان قدر على قسم الرهن بما لا ينقص به حق القائم بحقه قسم فبيع لهذا نصفه فى حقه * قال أبو الوليد رضى الله عنه وعندى انما راعى فى ذلك ادخال القسمة النقص فى قيمة الرهن واذا دخل النقص فى أحد القسمين فلا بد من أن يدخل فى الآخر فتارة أظهر مراعاة حق القائم وتارة أظهر مراعاة حق الآخر والمعنى فيهما واحد لا سيما وقد ثبت فى المسئلة أن الرهن بينهما بنصفين وقد زاد فى المجموعة والعتبية ان دينهما سواء فاذا بيع نصف الرهن فكان ثمنه قدر الدين قبضه القائم فى حقه وان قصر عن الدين طلبه ببقية دينه ولم يكن له أن يباع شئ من بقية الرهن لتعلق حق صاحبه به وبقى الى الأجل الذى أنظره وان لم يكن فيه فضل عن دين الذى أنظره ولو كان فيه فضل عن دينه فقد روى عيسى عن ابن القاسم فيمن رهن عبدا أو دارا فى دين مؤجل فقام عليه غريم آخر قال الشيخ أبو محمد يريد وهو معسر فان كان فى الرهن فضل عما رهن به بيع فقضى المرتهن حقه معجلا وقضى الغريم الآخر وان لم يكن فيه فضل لم يبع حتى يحل أجل المرتهن فعلى هذا لا تباع حصة الذى تأجل دينه بما بقى من دين الذى تعجل الا أن يكون فيها فضل عن دين صاحبه وأما ان كان فى حصة الذى تعجل فقدعن دينه فانما يباع منه عندى بقدر الدين المعجل ولا يكون ما فضل عن الدين رهنا ويدفع

﴿ القضاء فى الرهن يكون بين الرجلين ﴾

* قال يحيى سمعت مالكا يقول فى الرجلين يكون لهما رهن بينهما فيقوم أحدهما ببيع رهنه وقد كان الآخر أنظره بحقه سنة قال ان كان يقدر على أن يقسم الرهن ولا ينقص حق الذى أنظره بحقه بيع له نصف الرهن الذى كان بينهما فأوفى حقه وان خيف أن ينقص حقه بيع الرهن كله فأعطى الذى قام ببيع رهنه حصته من ذلك فان طاب نفس الذى أنظره بحقه أن يدفع نصف الثمن الى الراهن والاحلف المرتهن انه ما أنظره الا ليوقف لى رهنى على هيئته ثم أعطى حقه

الى الراهن لانه انما رهن كل واحد منهما نصف ذلك الرهن فلا دخول للآخر فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فان خيف أن ينقص حقه بيع الرهن كله فأعطى الذى قام ببيع رهنه من ذلك أضاف الرهن الى المرتهن لما كان له ثمنه وكان بيده وقال ان الرهن كله يباع ويعطى من ذلك ولم يبين قدر ما يعطى ولا يبين أى قدر يعطى وقد بين ذلك فى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فقال ابن القاسم ان القائم يأخذ من نصفه حقه يريد انه لا سبيل له الى النصف الذى هو حصة الذى أنظره من الرهن وانما يأخذ دينه من النصف الذى ارتهن وقد تقدم ذكر ذلك

(فصل) وقوله فان طابت نفس الذى أنظره بحقه دفع نصف الثمن الى الراهن والا حلف ما أنظرته الا ليوقف لى رهنى يريد أنه ان أراد المرتهن أن يدفع الى الراهن ثمن نصف الرهن وهو الذى كان ارتهنه المؤجل بالدين جاز ذلك لانه رهن قد طابت نفسه برده الى الراهن وينظره مع ذلك بدينه وان أبى من ذلك حلف يريد انه ما أخره الا ليبقى الرهن وثيقة بحقه ثم يقتضى من ثمن حصته من الرهن دينه وهذا اذا بيع الرهن بمثل ماله من الدين وكان الدين عينا فان بيع بعين مخالف للعين الذى له فقد قال أشهب فى العتبية والموازية فى الرهن يستحق نصفه ولا ينقسم ولا يرضى المستحق ببقائه بيد المرتهن انه يباع ويعجل للمرتهن حقه ان بيع بمثل دينه فان بيع بدنانير ودينه دراهم أو بيع بدراهم ودينه دنانير وقف للمرتهن ذلك رهنا الى الأجل فيباع حينئذ فى حقه لما يرجى من غلاء ذلك ووجهه انه غير الصفة التى يمكنه أن يقبضها ويرجو من الربح فى نقلها الى الصفة التى يستحقها عند حلول أجل دينه مالا يرجوه الآن فلم يكن له أن يباع فيعجل من ثمنه دينه كما لا يجوز ذلك فى غير الرهن

(فصل) وان بيع بقمح وحق المرتهن قمح مثله فقد قال ابن المواز انه بمنزلة أن يباع بدنانير ودينه دنانير أو يباع بدراهم ودينه دراهم وقال أشهب فى العتبية انه ان بيع بشئ من الطعام أو الادام أو الشراب وهو مثل الذى له صفة وجنسا وجودة فانى أستحسن أن تعجيله وان أبى صاحبه لانه انما يعطيه مثله اذا لم يعطه اياه وهذا الذى قاله يقتضى أن يكون هذا حكم كل مكيل وموزون وما فى حكمهما وكذلك قال سحنون فى المجموعة ان بيع بمثل حقه فليعجل له وقال فى موضع آخر الا أن يكون حقه طعاما بيع فيأبى أن يتعجله فذلك له فاعتبر فى ذلك رضى الله عنه رضا المرتهن لان من اشترى طعاما مؤجلا لم يكن للبائع تعجيله قبل وقته بخلاف العين (مسئلة) وان بيع بطعام مخالف لماله فقد قال محمد يوضع رهنا بيده الى حلول حقه وقال أشهب فى العتبية وكذلك ان بيع بعرض بمثل حقه أو مخالف له وضع له رهنا وليس له تعجيله بغير رضا الراهن ووجه ذلك ان ما لا مثل له لا تكاد تصح فيه المماثلة فقد يجد عند الأجل ما هو أقرب الى المماثلة وأيسر عليه فيما يجزئ عنه

(فصل) وقوله ثم يعطى حقه على ما تقدم وقد روى فى العتبية ابن القاسم عن مالك فى مسئلة الأصل يحلف ويعطى حقه الا أن يأتى الراهن برهن فيه وفاء حق الذى أنظره فيكون له أخذ الثمن فبين ان مسئلة الأصل انما هى فى المعسر (مسئلة) ولو كان أصل دينهما من بيع أو قرض أو أحدهما من قرض والآخر من بيع جاز ذلك ما لم يقرضه أحدهما على أن يبيعه الآخر فلا يجوز فان لم يكن بشرط جاز ذلك قاله ابن القاسم فى المدونة (مسئلة) فان أقرضاه وارتهنا منه دارا أو ثوبا وقضى أحدهما خرجت حصته من الرهن فان كان دينهما من جنس واحد وكتباه فى ذكر واحد لم يكن له أن يقضى أحدهما دون الآخر وان كان دينهما من جنسين لاحدهما دراهم وللآخر شعير جاز لاحدهما أن يقضى دون الآخر ولو كتباه بغير ذكر واحد أو يكون الرهن لهما بشئ واحد

دنانير كلها أو قمحا كله أو شيأ واحدا أو نوعا واحدا وان لم يكتب به كتابا فليس لاحدهما أن يقتضي دون الآخر وذلك ان ذكر الحق اذا جمعهما أو الرهن فقد جعلهما مع اتفاق جنس الدين كالشريكين فلا يقبض أحدهما دون الآخر فان كان دينهما من جنسين مختلفين انتفت الشركة وتباينت الحقوق فلم يمنع أحدهما من قبض حقه وكذلك اذا كانا من جنس واحد ولم يضمنا ما يجمع بينهما بذكر حق ولا رهن وكتبا حقهما مفرقا لان ذلك بمعنى القسمة لان افراد ذكر الحق كما يميزه افراد نفس الحق

(فصل) وأما اذا ارتهن أحدهما بعد الآخر فهو أيضا على قسمين أحدهما أن يرتهن أحدهما جزأ من الرهن ثم يرهن رجلا آخر باقيه فان كان أجل الدينين واحدا فحكمه حكم ما رهنا جميعه معا وان كان أجلهما مختلفا فحكمه حكم مسئلة الكتاب في الرجلين ينظر أحدهما ويتعجل الثاني

(مسئلة) واذا رهن رجل رهنا بدين له عليه ثم ادان من آخر ورهنه فضلة ذلك الرهن الأول ففي المجموعة عن مالك ذلك جائز ان رضي المرتهن الأول فان لم يرض لم يجز وقاله ابن القاسم وأشهب وفي كتاب ابن حبيب عن أصبغ قال لي أشهب له ذلك رضي الأول أو سخط لانه لاضرر عليه في ذلك اذ هو المبدأ وقال ابن حبيب انما أراد مالك برضا الأول ان لم يتم الحوز للثاني واذا لم يرض لم يتم ولا تكون الفضلة له رهنا بل هو أسوة الغرماء فيها وهذا الذي قاله ابن حبيب قد رواه ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك فيمن رهن رهنا وجعله بيد المرتهن ثم رهن فضله الآخر لم يجز ذلك الا أن يحوزه غير الأول لان الأول انما حازه لنفسه فلا يكون رهنا للثاني قال ابن القاسم الا أن يرضى الأول فيحوز ويبدأ الأول ويكون للثاني ما فضل وقال أصبغ اذا جعل الرهن بيد غير المرتهن جاز أن يرهن فضله الآخر وان أبى ذلك المرتهن الأول اذا علم من هو على يديه لتتم الحيازة لهما وقيل عن مالك حتى يرضى الأول والقياس ما قلت لك وقد روى الشيخ أبو القاسم رواية أخرى في رهن فضلة الرهن ان ذلك لا يجوز وان أذن فيه المرتهن الأول والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا حل أجل دين الثاني قبل الأول ففي الموازية لأشهب عن مالك انه قال اذا لم يعلم الأول ان دين الثاني يحل قبل دينه بيع الرهن ويعطى الأول حقه قبل محله ويعطى الثاني ما فضل عن دينه ثم ان بيع بمثل حقه أو بخلافه فقد تقدم في ذلك قول أشهب وسحنون بما يغني عن اعادته وقد قال سحنون في العتبية انما تفسير قول أشهب في الرهن يستحق نصفه فأما مسئلة الرهن يرهن فضلته فيحل حق الثاني فيباع له فانه اذا وقف الأول مقدار حقه فقد يتغير ما وقف له حتى ينقص عند الأجل من حقه قال ابن عبدوس وكأنه يرى فيما رأيت انه ان كان انما يباع بخلاف حق الأول أن لا يباع الى أجله لانه اذا بيع بخلافه وقف الرهن كله ولم يقض الثاني شيأ فلا فائدة في بيعه ومعنى ذلك ان الثاني ليس له الا ما فضل عن الأول ولا يعلم ذلك الا اذا بيع بمثل ماله والله أعلم ص *(قال يحيى وسمعت مالكا يقول في العبد يرهنه سيده وللعبد مال ان مال العبد ليس برهن الا أن يشترطه المرتهن)* ش وهذا على حسب ما قال ان من ارتهن عبدا له مال فان مال العبد لا يتبعه في حكم الرهن لانه ليس بملك للراهن والراهن انما يرهنه ما يملكه

(فصل) وقوله الا أن يشترطه المرتهن يريد فيكون رهنا مع العبد وانما يكون رهنا مع العبد ماله الذي كان له يوم اشتراطه قاله مالك في المجموعة والموازية أو نماء ذلك المال فانه بمنزلة أصله ووجه ذلك ان نماء كل مال تبع لأصله في سائر أحكامه ولذلك تبعه في الزكاة وأما ما أفاد بعد الارتهان فلا يكون رهنا معه وقد تقدم ذكره

* قال وسمعت مالكا يقول في العبد يرهنه سيده وللعبد مال ان مال العبد ليس برهن الا أن يشترطه المرتهن

﴿ القضاء في جامع الرهون ﴾ قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن ارتهن متاعا فهلك المتاع عند المرتهن وأقر الذي عليه الحق بتسمية الحق واجتمعا على التسمية وتداعيا في الرهن فقال الراهن قيمته عشرون دينارا وقال المرتهن قيمته عشرة دنانير والحق الذي للرجل فيه عشرون دينارا * قال مالك يقال للذي بيده الرهن صفه فاذا وصفه أحلف عليه ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت القيمة أكثر مما رهن به قيل للمرتهن اردد الى الراهن بقية حقه وان كانت القيمة أقل مما رهن به أخذ المرتهن بقية حقه من الراهن وان كانت القيمة بقدر حقه فالرهن بما فيه * قال يحيى وسمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجلين يختلفان في الرهن يرهنه أحدهما صاحبه فيقول الراهن أرهنتكه بعشرة دنانير ويقول المرتهن ارتهنته منك بعشرين دينارا والرهن ظاهر بيد المرتهن قال يحلف المرتهن حين يحيط بقيمة الرهن فان كان ذلك لا زيادة فيه ولا نقصان عما حلف ان له فيه أخذه المرتهن بحقه وكان أولى بالتبدئة باليمين لقبضه الرهن وحيازته اياه الا ان يشاء رب الرهن أن يعطيه حقه الذي حلف عليه ويأخذ رهنه قال وان كان ثمن الرهن أقل من العشرين التي سمى أحلف المرتهن على العشرين التي سمى ثم يقال للراهن اما أن تعطيه الذي حلف عليه وتأخذ رهنك واما أن تحلف على الذي قلت انك رهنته به ويبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن فان حلف الراهن بطل ذلك عنه وان لم يحلف لزمه غرم ما حلف عليه

﴿ القضاء في جامع الرهون ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن ارتهن متاعا فهلك المتاع عند المرتهن وأقر الذي عليه الحق بتسمية الحق واجتمعا على التسمية وتداعيا في الرهن فقال الراهن قيمته عشرون دينارا وقال المرتهن قيمته عشرة دنانير والحق الذي للرجل فيه عشرون دينارا * قال مالك يقال للذي بيده الرهن صفه فاذا وصفه أحلف عليه ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت القيمة أكثر مما رهن به قيل للمرتهن أردد الى الراهن بقية حقه وان كانت القيمة أقل مما رهن به أخذ المرتهن بقية حقه من الراهن وان كانت القيمة بقدر حقه فالرهن بما فيه ﴾ ش أكثر ما في هذا الفصل قد تقدم الكلام عليه ومعنى ذلك ان الرهن اذا ضاع عند المرتهن وكان مما يغاب عليه فلزمه ضمانه لانه لم يقم بينة بضياعه أو لانه يحكم بضمانه له وان قامت بذلك بينة على ما رواه أشهب فان اختلفا في قيمته وادعى الراهن من ذلك أكثر مما أقر به المرتهن قيل للمرتهن صفه قال فاذا وصفه حلف على تلك الصفة يريد لان الراهن خالفه فيها وادعى أفضل منها وان جهل الراهن الصفة فقد قال ابن حبيب عن أصبغ اذا وصفه المرتهن حلف وان نكل بطل حقه وكان الرهن بما فيه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي انه لو ادعى الراهن معرفة الصفة ونكل المرتهن حلف الراهن وقومت الصفة التي حلف عليها (مسئلة) فاذا حلف المرتهن على الصفة التي أقر بها قومها أهل المعرفة فربما قوموها بأكثر مما أقر به من القيمة فان كانت تلك القيمة أكثر من الدين وذلك على وجهين أن يكون ما أقر به من قيمتها أولا أكثر من قدر الدين أو يكون زعم أولا أن قيمتها أقل من قدر الدين أو بمثل قدر الدين لكنه وصفها بعد ذلك بصفة قومت بأكثر من الدين فهذا يقطع دينه بما لزمه من القيمة وقيل له رد الفضل على الراهن وان كانت القيمة أقل من الدين كان على الراهن أن يوفي بقية الدين وان كانت القيمة بقدر الدين فقد قال ان الرهن بما فيه يريد ان هذا من المواضع التي قال فيها من تقدم الرهن بما فيه أو انه يصح أن يحمل قولهم ذلك على هذه المسئلة وما أشبهها ولو أقر أولا بقيمة الرهن فلما خالفه في ذلك الراهن وصفه بصفة قومت بأقل من القيمة التي أقر بها أولا فان عندي انه تلزمه القيمة الاولى التي أقر بها و يحمل ما وصفنا به الرهن مما قصر عن تلك القيمة جحدا لبعض القيمة بعد الاقرار بها والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول الامر عندنا في الرجلين يختلفان في الرهن يرهنه أحدهما صاحبه فيقول الراهن أرهنتكه بعشرة دنانير و يقول المرتهن ارتهنته منك بعشرين دينارا والرهن ظاهر بيد المرتهن قال يحلف المرتهن حين يحيط بقيمة الرهن فان كان ذلك لا زيادة فيه ولا نقصان عما حلف ان له فيه أخذه المرتهن بحقه وكان أولى بالتبدئة باليمين لقبضه الرهن وحيازته اياه الا أن يشاء رب الرهن أن يعطيه حقه الذي حلف عليه و يأخذ رهنه قال وان كان ثمن الرهن أقل من العشرين التي سمى أحلف المرتهن على العشرين التي سمى ثم يقال للراهن اما أن تعطيه الذي حلف عليه وتأخذ رهنك واما أن تحلف على الذي قلت انك رهنته به و يبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن فان حلف الراهن بطل ذلك عنه وان لم يحلف لزمه غرم ما حلف عليه

المرتهن ﴾ ش وهذا على ما قال انهما اذا اختلفا فى قدر الدين فقال الراهن عشرة وقال المرتهن عشرون والرهن قائم بيد المرتهن يحلف حتى يحيط بقيمة الرهن قال وكان مبدأ باليمين لقبضه الرهن وحيازته له * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وسواء عندى كان بيده أو وضع له على يد عدل لأن يد العدل حائزة للمرتهن وقد قال ابن المواز يبدأ المرتهن باليمين لأن الرهن شاهد له فان كانت قيمة الرهن عشرين دينارا فهو للمرتهن الا أن يشاء الراهن أن يعطيه ما حلف عليه ويأخذ رهنه على ما ذكره مالك فى الاصل

(فصل) وان كانت قيمة الرهن أقل من العشرين التى سماها أحلف المرتهن على العشرين التى سمى بريد انه ان كانت قيمة الرهن خمسة عشر فله أن يحلف على العشرين التى ادعى قال ابن المواز ولو قال المرتهن لا أحلف الا على قيمة الرهن لكان له ذلك وحكى عبد الحق عن بعض شيوخه القرويين انه انما يحلف المرتهن على خمسة عشر كما لو ادعى عشرين وشهد له شاهد بخمسة عشر فانه انما يحلف على الخمسة عشر التى شهد له بها شاهده دون العشرين التى ادعاها وهذا الذى قاله مخالف لنص المذهب على ما ثبت فى الاصل من قول مالك رحمه الله ولا أعلم فيه خلافا بين أصحابنا الا ما قاله ابن المواز ان المرتهن مخير بين أن يحلف على العشرين أو على الخمسة عشر والفرق بين الرهن والشاهد ان الرهن متعلق بجميع الدين والشاهد لا تعلق له بما لم يشهد به ألا ترى ان الراهن لو أقر بالعشرين فان الرهن يكون رهنا بجميعها ولا يختص بقدر قيمتها منها ولو أقر بتصديق الشاهد لم يكن لشهادته تعلق بغير الخمسة عشر التى شهد بها فجاز أن يقال انه يحلف مع الشاهد على خمسة عشر ويحلف مع الرهن على العشرين التى ادعى (فرع) فاذا قلنا بالتخيير فحلف المرتهن على العشرين قيل للراهن اما أن تحلف وتسقط عن نفسك الخمسة الزائدة على قيمة الرهن واما أن تنكل فيدفع اليه ما حلف عليه وان حلف المرتهن أولا على خمسة عشر فقد قال ابن المواز يحلف الراهن ليسقط عن نفسه بقية دعوى المرتهن وهى ما زاد على قيمة الرهن فان نكل الراهن لم يقض للمرتهن بالزيادة على قيمة الرهن لما تقدم من نكوله ووجه ذلك ان اليمين وجبت فى الخمسة الزائدة على قيمة الرهن أولا على الراهن وكان للمرتهن أن يضيف اليمين فيهما الى يمينه التى له أن يحلف بها فى الخمسة عشر التى شهد له بها الرهن فان امتنع من ذلك وحلف على الخمسة عشر فلا معنى ليمين الراهن لأن المرتهن قد استحق جميعها بيمينه وشهادة قيمة الرهن ولو نكل المرتهن على اليمين جملة حلف الراهن على ان جميع حقه عشرة فيكون يمينه فى الخمسة التى شهد بها الرهن مردودة عليه لأنها كانت للمرتهن ابتداء بشهادة قيمة الرهن فلما نكل عنها ردت على الراهن وتكون يمينه فى الخمسة الاخرى يمينا غير مردودة لأنها وجبت عليه ابتداء بمجرد دعوى المرتهن فان حلف سقطت عنه العشرة بالوجهين المذكورين وان نكل لزمته الخمسة التى ردت عليه فيها اليمين لأن هذا حكم كل من نكل عن يمين ردت عليه وأما الخمسة الاخرى فان قلنا ان امتناع المرتهن أولا من أن يحلف عليها نكول مؤثر لأنه لا ترتيب بين نكول المدعى ويمين المدعى عليه أو نكوله فقد سقطت عن الراهن لوجود نكول المرتهن عن اليمين التى حكمها ان ترد عليه وان قلنا انه غير مؤثر وليس له حكم النكول الا بعد نكول الراهن لما يلزم بينهما من الترتيب فان له أن يحلف فيستحقها أو ينكل فتبطل دعواه بها وبالله التوفيق (مسئلة) وان كانت قيمة الرهن خمسة عشر دينارا فقد روى يحيى عن ابن القاسم ان قال الراهن أنا أدفع اليك خمسة عشر وآخذ رهنى فليس ذلك له الا أن يدفع عشرين

المرتهن

دينارا قال ابن نافع اذا دفع الراهن الى المرتهن قيمة الرهن كان أولى به قال الشيخ أبو محمد فى نوادره وهو تفسير قول مالك فى الموطأ وجه قول ابن القاسم ان حق المرتهن قد تعلق بجميع قيمة الرهن على نحو ما حلف عليه لان يمينه لما تعلقت بالعشرين ولم يكن لها محل من ذمة الراهن كان محلها الرهن يدل على ذلك انها لو زادت قيمة الرهن بعد اليمين وقبل البيع لكان ذلك كله للمرتهن فاقتضى ذلك أن يكون أحق بالعين حتى يعطى ما استوجب بيمينه وذلك العشرون دينارا ووجه قول ابن نافع ان الحق انما تعلق بقيمة الرهن دون عينه لان القيمة من جنس حقه دون عين الرهن فاذا أعطاه الراهن القيمة التى هى من جنس حقه كان له أخذ رهنه وفى كتاب ابن عبدوس ان شاء الراهن أن يعطى ما قال المرتهن والا بعت الرهن ودفعت اليه من ثمنه ماذكر (مسئلة) ومتى تراعى قيمة الرهن قال ابن نافع فى النوادر ان كان الرهن قائما فقيمته يوم الحكم وان هلك فقيمته يوم قبضه ورواه عيسى عن ابن القاسم فى المدونة وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان الرهن يضمن بقيمته يوم الضياع وقال فى موضع آخر يوم الرهن فعلى قولنا باعتبار تضمين قيمته يوم الضياع يجب أن يعتبر بتلك القيمة فى مبلغ الدين والله أعلم وجه قول ابن نافع ان الرهن اذا وجد بعينه شهد بقدر الدين لوجوده يوم الحكم واذا عدم ضمن لقيمته فكانت القيمة فى ذلك تقوم مقام العين عند وجودها (فرع) وهذا اذا كان مما يضمنه المرتهن لكونه مما يغاب عليه فان كان مما لا يضمنه المرتهن اما لانه مما لا يغاب عليه أو لانه وضع على يد أمين أو قامت بضياعه بينة فقد قال ابن المواز القول قول المرتهن ما كان الرهن قائما وقال أصبغ فى العتبية فى الرهن يكون على يد أمين ثم يختلف الراهن والمرتهن فى قدر الدين القول قول الراهن مع يمينه لانه لم يضع الرهن فى يد المرتهن وجه قول ابن المواز انه رهن باق على حكم الرهن يستوفى منه المرتهن حقه فكان شاهدا بقدر الدين كالذى يضمن باليد ووجه قول أصبغ ما احتج به من انه غير مسلم اليه ولا مؤتمن عليه فلم يشهد لدينه وهذا التعليل لا يمنع شهادة ما لا يغاب عليه مع بقائه وتسليمه الى المرتهن وان علمنا بان ما لا يضمن من الرهون ولا يشهد قيمته عند ضياعه بقدر الدين فان عينه لا تشهد به مع بقائه كالوديعة (فرع) فان تلف ما لا يغاب عليه أو قامت بينة بضياع ما يغاب عليه ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى وأبى زيد عن ابن القاسم ليس على الراهن الا ما أقر به من قليل أو كثير مع يمينه ولا يعتبر بقيمة الرهن وجه ذلك أن الرهن قد بطل وحل منه الرهن فاشبه المداينة دون رهن

(فصل) وقوله ثم يقال للراهن اما أن تعطيه العشرين التى حلف عليها وتأخذ رهنك واما أن تحلف على الذى زعمت انك رهنته به و يبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن قال ابن المواز ان كان الرهن يساوى ما قال المرتهن أو أكثر لم تكن اليمين الا عليه وحده وان كان لا يساوى الا ما قال الراهن فاقل لم يحلف الا الراهن وحده لان يمين المرتهن لا تنفعه وان كانت قيمته أكثر مما أقر به الراهن أو أقل مما ادعاه المرتهن فهاهنا يحلفان و يبدأ المرتهن باليمين لان الرهن شاهد له على قدر قيمته من الدين (مسئلة) ولو اختلفا فى الدين فقال الراهن هو بمائة اردب حنطة وقال المرتهن انما ارتهنه بمائة دينار وقيمة الرهن مائة دينار قال أصبغ فى العتبية ان كان قيمة المائة التى أقر بها الراهن أكثر من قيمة مائة دينار فالراهن مصدق و يؤخذ منه فتباع بها الحنطة فيوفى وان كانت أقل فالمرتهن مصدق كما لو صدقه فى كثرة النوع

(فصل) وقوله ثم يقال للراهن اما أن تعطيه الذى حلف عليه واما أن تأخذ رهنك واما أن تحلف على

الذى قلت و يبطل عنك مازاد على قيمة الرهن يريد أن يمينه تسقط عنه ذلك فانه ان نكل لزمه جميع ماحلف عليه المرتهن وان كان أضعاف قيمة الرهن ولو نكل المرتهن فقد قال ابن المواز يحلف الراهن ولا يغرم الا ماحلف عليه وجه ذلك أن يكون المرتهن مضعفا الدعواه وماشهد له به الرهن وغيره فلما حلف الراهن لم يجب عليه غير ماأقر به

(فصل) وقوله وان لم يحلف الراهن غرم ماحلف عليه المرتهن واضح فى ان المرتهن انما يحلف أولا على جميع الحق ولذلك اذا نكل ولم ترد عليه اليمين بنكول الراهن عنها وقد جعل هذا القائل من حجته ماقاله ان اليمين ترد عليه كانه أمر قد سلم له قال ومن عيب هذا القول انه لو حلف على عشرين فوجب له أخذ خمسة عشر و يمين المطلوب على الخمسة الزائدة فنكل المطلوب أليس ترد اليمين على الراهن فيصير يحلف مرتين * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى ان المسئلة تحتمل قولين فان قلنا ان يمين المرتهن أولا قدمت على موضعها ليسلم من تكرار اليمين عليه فيستحق بها و بنكول الراهن بعدها مازاد على قيمة الرهن لانه حق اجتمع فيه يمين المدعى ونكول المدعى عليه فوجب أن يقضى به كما لو تقدم نكول المدعى عليه وان قلنا ان تلك اليمين فيما زاد على قيمة الرهن ليست لاستحقاق تلك الزيادة وانما هى ليحق المرتهن بها دعواه دون أن يلزمه أو يقتضى منه فان نكول الراهن عن اليمين فيما يدعى عليه المرتهن يقتضى رد اليمين على المدعى وهو المرتهن فيحلف و يستحق بمنزلة مالو شهد له شاهد بخمسة عشر دينارا وهو يدعى عشرين فحلف مع العشرين مع شاهده بخمسة عشر فان المدعى عليه يحلف على نفى الخمسة فان نكل ردت اليمين على المدعى فيحلف فى الخمسة يمينا ثانية يستحقها بها (فرع) واذا نكل المرتهن أولا ثم نكل الراهن فقد قال ابن القاسم حكمهما اذا نكلا مثل حكمهما اذا حلفا لا يلزم الراهن الا قيمة الرهن قال ولا ألزم الراهن اذا نكل غرم ما ادّعاه المرتهن أولا لانه لما نكل لم يلزم غرم مازاد على قيمة الرهن حتى يرد اليمين على مدعيها فلما تقدم نكوله عنها لم يكن له منها شئ و يتخرج من هذا صحة ماتقدم نكول المدعى قبل نكول المدعى عليه أو يمينه على قول ابن المواز ولا يبعد هذا وقد تقدم فى القول الاول من نكول المرتهن و يمين الراهن فلا يكون على هذا القول بين نكول المدعى ونكول المدعى عليه أو يمينه ترتيب وعلى القول الثانى يكون بينهما ترتيب ولهذا تأثير فى مسائل كثيرة وأما اذا تلف الرهن بعد نكول المرتهن فانه لا يلزمه الا ما أقر به من الدين والله أعلم ص

* قال مالك فان هلك الرهن وتنا كلا الحق فقال الذى له الحق كانت لى فيه عشرون دينارا وقال الذى عليه الحق لم يكن لك فيه الا عشرة دنانير وقال الذى له الحق قيمة الرهن عشرة دنانير وقال الذى عليه الحق قيمته عشرون دينارا قيل للذى له الحق صفه فاذا وصفه أحلف على صفته ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت قيمة الرهن أكثر مما ادّعى فيه المرتهن أحلف على ما ادعى ثم يعطى الراهن مافضل من قيمة الرهن وان كانت قيمته أقل مما يدعى فيه المرتهن أحلف على الذى زعم أنه له فيه ثم قاصوه بما بلغ الرهن ثم أحلف الذى عليه الحق على الفضل الذى بقى للمدعى عليه بعد مبلغ ثمن الرهن وذلك ان الذى بيده الرهن صار مدّعيا على الراهن فان حلف بطل عنه بقية ماحلف عليه المرتهن مما ادّعى فوق قيمة الرهن وان نكل لزمه مابقى من حق المرتهن بعد قيمة الرهن * ش وهذا على حسب ماقال ان المتراهنين اذا تنا كلا وقد ضاع الرهن وكان مما يغاب عليه فقال المرتهن قيمة الرهن عشرة دنانير ودينى فيه عشرون دينارا وقال الراهن

قال مالك فان هلك الرهن وتنا كلا الحق فقال الذى له الحق كانت لى فيه عشرون دينارا وقال الذى عليه الحق لم يكن لك فيه الا عشرة دنانير وقال الذى له الحق قيمة الرهن عشرة دنانير وقال الذى عليه الحق قيمته عشرون دينارا قيل للذى له الحق صفه فاذا وصفه احلف على صفته ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت قيمة الرهن أكثر مما ادعى فيه المرتهن أحلف على ما ادعى ثم يعطى الراهن مافضل من قيمة الرهن وان كانت قيمته أقل مما يدعى فيه المرتهن أحلف على الذى زعم أنه له فيه ثم قاصوه بما بلغ الرهن ثم أحلف الذى عليه الحق على الفضل الذى بقى للمدعى عليه بعد مبلغ ثمن الرهن وذلك أن الذى بيده الرهن صار مدعيا على الراهن فان حلف بطل عنه بقية ما حلف عليه المرتهن مما ادعى فوق قيمة الرهن وان نكل لزمه مابقى من حق المرتهن بعد قيمة الرهن

قيمة الرهن عشرون دينارا او دينك فيه عشرة دنانير فانه يقال للمرتهن صفه لانه الغارم فاذا وصفه حلف على تلك الصفة اذا كانت أدون من الذى ادّعاها الراهن ثم قوم أهل المعرفة تلك الصفة التى حلف عليها المرتهن ثم ان كانت تلك القيمة أكثر من العشرين التى ادّعاها المرتهن من الدين احلف على ما ادّعى ثم يعطى الراهن مافضل من قيمة الرهن عن دينه الذى حلف عليه وهذا قول مالك وأكثر أصحابه وذلك ان ماثبت من قيمة الرهن باقرار المرتهن و يمينه بمنزلة ماثبت من ذلك باتفاقهما عليه فكانا سواء فى الشهادة بقدر الدين ووجه ذلك أنه متفق عليه وانما أحلف المرتهن ليسقط عنهما ادّعاه الراهن من قيمة الرهن زائدا على ماأقر به والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وان كانت قيمته أقل مما يدعى فيه المرتهن أحلف على الذى يدعيه ثم قاصوه بذلك من قيمة الرهن يريد اذا كان الدين من جنس قيمة الرهن واذا كان الرهن لايعلم ضياعه الا بقول المرتهن وكان أصل الدين من سلم روعى فى ذلك أن يكون الرهن يجوز أخذه من رأس مال المسلم و يجوز أخذه من المسلم فيه فان كان الامران جائزين صحت المقاصة وان امتنع أحدهما امتنعت المقاصة مثال ذلك أن يكون الرهن دنانير ورأس مال المسلم دراهم فلا تجوز المقاصة لان ما أظهراه من السلم ملغى وما آل أمرهما الى سلم دراهم فى دنانير فان كان الرهن ورأس مال السلم دنانير من جنس واحد وكان الرهن أكثر لم تجز المقاصة لان مآل أمرهما الى سلم دنانير فى أكثر منها وان كانت دنانير الرهن مثل دنانير رأس مال السلم أو أقل صحت المقاصة لتبعد التهمة (فرع) ولو كان الرهن عرضا من جنس ماسلم فيه قل أو كثر أجود أو أردأ لم تجز المقاصة قبل الأجل لما يدخله من ضع وتعجل أو الزيادة لحط الضمان وان كان مثله عددا وجودة فلا بأس به ولا بأس بذلك عند حلول الاجل وان كان الرهن عرضا من جنس رأس المال لم يجز أفضل جودة ولا عددا ولا أقل جودة وعددا وان حل الأجل وان كان مثله فلا بأس بذلك (فرع) وان كان رأس المال عرضا والرهن عرضا من غير جنسه فقد قال ابن ميسر يجوز ان يتقاصا بعد المعرفة بقيمة الرهن وهذا أصل متنازع فيه وهل يراعى فى ذلك قيمة الرهن ان كان رأس المال عينا قال أحمد بن ميسر ان كانت قيمته أكثر من رأس مال السلم لم يجز و يجوز ان كانت مثله فأقل ووجه ذلك أن القيمة عين من جنس رأس مال السلم فيدخله التفاضل بينهما وقد أنكر هذا غيره من أصحابنا لانه ان كان الرهن باقيا فلا خلاف فى جواز سلف عشرة دنانير فيه وان كانت عينه قد تلفت ولزمته القيمة بعدت التهمة بل استحالت

(فصل) وقوله ثم احلف الذى عليه الدين فيما فضل من الدين عن قيمة الرهن لان الذى بيده الرهن مدع فيما زاد على قيمة الرهن فاذا احلف سقط عنه ذلك وان نكل لزمه ذلك مع قيمة الرهن لانه قد حلف المرتهن على اثبات ذلك لما لزمته اليمين فى اثبات مايقابل من دينه قيمة الرهن فأضيف اليها اليمين على ما ادّعاه زيادة من الرهن على قيمة الرهن وجعلت يمينا واحدة لئلا يكون عليه اليمين فى حق واحد مع امكان افرادها وجمعها لكنه لما لم يتقدم له مايقوى دعواه فى الزيادة لم يحكم له بها فان حلف الراهن أسقط عن نفسه هذه الزيادة فان نكل قوى نكوله ماتقدم من يمين المرتهن بها فحكم له بذلك وتقدمت يمين المرتهن بهذه الزيادة على نكول الراهن لما قدمناه والله أعلم

(فصل) وذكر فى هذه المسئلة يمينين على المرتهن احداهما على الصفة والثانية على اثبات الدين فيحتمل أن يريد أنهما يلزمانه منفصلين وذلك ان اليمين الأول تجب عليه قبل أن تجب الثانية ولا يمكن النظر فى أسباب الثانية الا بعد انفاذ اليمين الاولى لان الاولى تجب لاثبات الصفات ولا تجب الثانية

القضاء في كراء الدابة والتعدي بها * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يستكري الدابة الى المكان المسمى ثم يتعدى ذلك المكان ويتقدم أن رب الدابة يخير فان أحب أن يأخذ كراء دابته الى المكان الذي تعدى بها اليه أعطي ذلك ويقبض دابته وله الكراء الأول وان أحب

رب الدابة فله قيمة دابته من المكان الذي تعدى منه المستكري وله الكراء الأول ان كان استكرى الدابة البداءة فان كان استكراها ذاهبا وراجعا ثم تعدى حين بلغ البلد الذي استكرى اليه فانما لرب الدابة نصف الكراء الاول وذلك أن الكراء نصفه في البدأة ونصفه في الرجعة فتعدى المتعدي بالدابة ولم يجب عليه الا نصف الكراء الأول ولو أن الدابة هلكت حين بلغ بها البلد الذي استكرى اليه لم يكن على المستكري ضمان ولم يكن للمكري الا نصف الكراء قال وعلى ذلك أمر أهل التعدي والخلاف لما أخذوا الدابة عليه * قال وكذلك أيضا من أخذ مالا قراضا من صاحبه فقال له رب المال لا تشتر به حيوانا ولا سلعا كذا وكذا السلع يسميها وينهاه عنها ويكره أن يضع ماله فيها فيشتري الذي أخذ المال الذي نهي عنه يريد بذلك أن يضمن المال ويذهب بربح صاحبه فاذا صنع ذلك فرب المال بالخيار ان أحب أن يدخل معه في السلعة على ما شرطا بينهما من الربح فعل وان أحب فله رأس ماله ضامنا على الذي أخذ المال وتعدى قال وكذلك أيضا الرجل يبضع معه الرجل البضاعة فيأمره صاحب المال أن يشتري له سلعة باسمها فيخالف فيشتري ببضاعته غير ما أمره به ويتعدى ذلك فان صاحب البضاعة عليه بالخيار ان أحب أن يأخذ ما اشترى بماله أخذه وان أحب أن يكون المبضع معه ضامنا لرأس ماله فذلك له

بعد لان قيمة الرهن ان كانت أقل مما أقر به الراهن فلا معنى ليمين المرتهن لانه لا يجتلب بها منفعة ولا يقضى له بيمينه ولا ينظر في القيمة التي هي سبب يمين المرتهن بقدر الدين الا بعد ثبوت صفة الرهن بيمين المرتهن الذي هو الغارم فاذا اثبتت الصفات بيمينه قومت تلك الصفات فاذا اثبتت قيمتها وكانت أكثر مما أقر به الراهن استحلف المرتهن والله أعلم ويحتمل أن يريد بذلك ذكر ما يتناوله اليمين من المعنيين المذكورين ولكنه لا يلزمه أن يفرقهما بل له أن يجمعهما في يمين واحدة لكنه يمكن أن تقوم الصفة التي يقر بها المرتهن فاذا علم انها أقل من الدين حلف المرتهن يمينا واحدة ينفي بها من قيمة الرهن ما زاد على ما أقر به الراهن وتقدمها لنكول الراهن فيما ادعاه المرتهن من الدين زيادة على قيمة الرهن وهذا معنى قول مالك وأكثر أصحابه عندي والله أعلم

القضاء في كراء الدابة والتعدي بها

ص * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يستكري الدابة الى المكان المسمى ثم يتعدى ذلك المكان ويتقدم أن رب الدابة يخير فان أحب أن يأخذ كراء دابته الى المكان الذي تعدى بها اليه أعطي ذلك ويقبض دابته وله الكراء الاول وان أحب رب الدابة فله قيمة دابته من المكان الذي تعدى منه المستكري وله الكراء الاول ان كان استكرى الدابة البدأة فان كان استكراها ذاهبا وراجعا ثم تعدى حين بلغ البلد الذي استكرى اليه فانما لرب الدابة نصف الكراء الأول وذلك ان الكراء نصفه في البدأة ونصفه في الرجعة فتعدى المتعدي بالدابة ولم يجب عليه الا نصف الكراء الاول ولو أن الدابة هلكت حين بلغ بها البلد الذي استكرى اليه لم يكن على المستكري ضمان ولم يكن للمكري الا نصف الكراء قال وعلى ذلك أمر أهل التعدي والخلاف لما أخذوا الدابة عليه قال وكذلك أيضا من أخذ مالا قراضا من صاحبه فقال له رب المال لا تشتر به حيوانا ولا سلعا كذا وكذا السلع يسميها وينهاه عنها ويكره أن يضع ماله فيها فيشتري الذي أخذ المال الذي نهي عنه يريد بذلك أن يضمن المال ويذهب بربح صاحبه فاذا صنع ذلك فرب المال بالخيار ان أحب أن يدخل معه في السلعة على ما شرطا بينهما من الربح فعل وان أحب فله رأس ماله ضامنا على الذي أخذ المال وتعدى قال وكذلك أيضا الرجل يبضع معه الرجل البضاعة فيأمره صاحب المال أن يشتري له سلعة باسمها فيخالف فيشتري ببضاعته غير ما أمره به ويتعدى ذلك فان صاحب البضاعة عليه بالخيار ان أحب أن يأخذ ما اشترى بماله أخذه وان أحب أن يكون المبضع معه ضامنا لرأس ماله فذلك له *

ش قوله فيمن يكتري الدابة الى مكان مسمى ثم يتعداه بالتقدم أمامه فان لرب الدابة أن يأخذ كراء دابته الى الموضع الذي تعدى اليه مع الكراء الاول ويأخذ دابته وان أحب كانت له قيمة دابته من المكان الذي تعدى منه المكتري وله الكراء الاول يريد انه لما تعدى بالدابة وزاد على المكان الذي اكترى اليه ثبت له حكم التعدي ولحقه الضمان وذلك على قسمين أحدهما أن يرد

الدابة المكترى على حالها والثانى أن يردها وقد تغيرت فان ردها على حالها فلا يخلو أن يكون أمسكها فى تعديه امساكا يسيرا أو كثيرا فان كان انما أمسكها يوما أو أياما يسيرة ففى الموازية عن ابن القاسم اليوم وشبهه قال وقاله مالك فى البريد والبريدين وان كان اكتراها بالأيام ثم أمسكها أياما زائدة على أيام الكراء فلا ضمان عليه وانما له الكراء فى أيام التعدى مع الكراء الاول قاله مالك وأكثر أصحابه ووجه ذلك ان الدابة لم يؤثر فيها التعدى فى عين ولا قيمة ولا فوات أسواق فلم يلزمه ضمانها وعليه قيمة كرائها فى الأيام الزائدة رواه ابن القاسم عن مالك فى المدونة وغيرها (مسئلة) وأما ان حبسها الأيام الكثيرة قال فى المدونة الشهر وقال فى الواضحة مثل شهر ونحوه وقال أصبغ فى موضع آخر أياما كثيرة كحول وهذا هو الأصل فصاحبها مخير بين الكراء الاول وكراء ما تعدى بحبسها فيه وبين الكراء الاول ويضمنه قيمة دابته قاله ابن حبيب فى الواضحة وقاله ابن القاسم فى المدونة ووجه ذلك انه قد غصبه منافع الدابة دون الرقبة ومن منافعها بيعها فى أسواقها وقد فات ذلك فيها فعليه قيمتها لان ذلك بمنزلة بيعها (فرع) ومن قول مالك انه لو غصبه رقبتها وحبسها شهرا أو أشهرا ثم ردها بعد ذلك ولم تتغير لم يكن لصاحب الدابة أن يلزمه قيمتها والفرق بين الموضعين انه لما غصبه رقبتها سقطت عنه منافعها الضمانه رقبتها فاذا لم يغصبه رقبتها واستخدمها جورا وظلما لزمه الكراء فيما ركبها فيه واستخدمها والله أعلم (فرع) وأما الذى يجب عليه من كرائها قال ابن القاسم فى المدونة عليه كراؤها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل وقد بسطنا القول فى هذا فى شرح المدونة وقال غيره ان كان معه فى مصر واحد يقدر على أخذها فكأنه راض بذلك وان كان فى غير مصره فهو مخير بين أن يردها وكراء المدة الاولى وله فى باقى الأيام الأكثر من حساب ذلك اليوم أو قيمة كرائها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل وقد بسطنا القول على هذا فى شرح المدونة وان شاء أخذ كراء ذلك اليوم وقيمتها يوم حبسها ووجه قول ابن القاسم ان امساكها لما كان بغير عقد كراء لزمه كراء المثل فى مثل ما حبسها فيه كما لو تعدى باستخدامها من غير استئجار ووجه قول الغير انه اذا كان الكراء الاول قد تغابن فيه فالثانى لا يلزمه فيه غبن لانه لم يلتزمه وان كان الكراء الثانى بأكثر من قيمته فالمتعدى قد رضى به حين استدام العمل بعده بغير اذن ربه وبنحو رواية ابن القاسم قال الشافعى فى كراء المثل وقال أبو حنيفة لا كراء لصاحب الدابة والدليل على صحة ما نقوله انه قد غصب المنافع فكان عليه ضمانها كالاعيان

(فصل) وقوله فله الكراء الأول ان كان استكرى الدابة البدأة وان كان استكراها ذاهبا وراجعا ثم تعدى حين بلغ البلد الذى استكرى اليه الدابة من مصر الى برقة فلما بلغ برقة تعدى عليها فان صاحب الدابة له الكراء كله الى برقة ثم له بعد ذلك الخيار فى أخذ قيمة الدابة مع الكراء الى برقة ذاهبا وراجعا بعشرة دنانير نصفها للبدأة ونصفها للعودة ثم يكون الخيار فيما بعد ذلك على ما تقدم وانما جعل له النصف فى البدأة والنصف فى العودة بناء على أن قيمتهما سواء لتساويهما فى المسافة وهو الغالب من أحوال المسافة ولو اختلفت قيمة الكراء عند الناس فى البدأة أو العودة للزم التقويم والله أعلم (مسئلة) وان ردها وقد تغيرت فلا يخلو أن تكون تغيرت تغيرا كثيرا أو هلكت فان تغيرت تغيرا شديدا ففى الواضحة عن مالك فيمن رد الدابة ولم يمسكها الا أياما يسيرة فلا شئ لرب الدابة غير كرائها فى تلك الأيام وهو مخير بين كرائها وبين قيمتها وكذلك لو عطبت فى مدة التعدى والله أعلم وأحكم والتعدى يكون فى حبسها بقدر من الكراء ويكون فى أن يتعدى بها مكان الكراء ويكون

فى أن يحمل عليها مالم تكتر له فأما التعدى بتجاوز زمن الكراء فقد تقدم ذكره وأما التعدى بتجاوز مسافة الكراء فمثل أن يكترى دابة للركوب من مصر الى برقة فيركبها الى افريقية فهذا حكمه فى طول الامساك وقربه مثل ما تقدم فى الزيادة على زمن الكراء ان ردها سالمة فقد روى ابن حبيب عن مالك انه اذا لم يجاوز الأمد الا باليسير الذى لا خيار لصاحبها فيه اذا سلمت فليس لصاحبها الا كراء ما زاد ولو زاد كثيرا فيه الأيام التى تتغير فى مثلها سوقها من ربها ان ردها المتعدى سالمة على ما تقدم وان عطبت فى القليل أو الكثير فهو ضامن لها (فرع) ولو عدل عن طريقه الميل فقد قال مالك هو ضامن وصاحب الدابة بالخيار بين قيمة الدابة وبين كرائها وكذلك قال محمد عن ابن القاسم عن مالك فى زيادة الميل والميلين قال محمد وقيل انه ضامن ولو زاد خطوة وأما ما يعدل الناس اليه من الراحلة فلا يضمن فيه ووجه ذلك ان هذا العدول معتاد لانه لابد للناس من العدول عن الطريق للنزول لراحة وغداء وغير ذلك فليس هذا العدول بتعد (فرع) ولو لم يعطب البعير الا بعد أن رجع الى المسافة التى اكترى لها وخرج سالما عن مسافة التعدى فقد روى ابن حبيب عن أصبغ وابن الماجشون انه ان كان لم يجاوز المسافة الا باليسير مما لا خيار فيه لصاحبها مع السلامة فليس له الا كراء الزيادة وأما ان زاد زيادة كثيرة أياما تتغير فيها أسواقها فهو ضامن لها كما لو ماتت فى مسافة الزيادة وقال ابن القاسم يضمنها وان كانت الزيادة يسيرة وروى عن مالك قال ابن حبيب وهو عندنا غلط من الرواية لانه روى عن مالك فيمن تعدى فتسلف من وديعة عنده ثم رد فيها ما تسلفه ثم تلفت انه لا يضمن فهذا مثله (مسئلة) وانما له كراء مسافة التعدى على قيمة كراء ما تعدى وليس على قدر ما تكارى قال مالك فى المدونة ووجه ما قدمناه من أنه عمل بدابته بغير اذن ولا عقد بقدر أجرة العمل فلزمه كراء مثله أصل ذلك اذا لم يتقدم بينهما عقد كراء (مسئلة) وأما التعدى فى الحمل فعلى وجهين أحدهما الزيادة فيه من جنسه والثانى حمل غير ذلك الجنس فأما الزيادة فيه من جنسه ففى المدونة فيمن اكترى بعيرا ليحمل عليه عشرة أقفزة فحمل عليه أحد عشر قفيزا فلا ضمان عليه فى عطب البعير اذا كان القفيز يسيرا لا تعطب منه الدابة * وقال مالك فيمن اكترى دابة ليحمل عليها أرطالا مسماة فيحمل أكثر منها فعطبت ان كانت الزيادة يعطب من مثلها فلصاحب الدابة الكراء وكراء الزيادة أو قيمة الدابة يوم التعدى دون الكراء مخير فى ذلك وان كان يعطب من مثل تلك الزيادة فليس له الا الكراء الأول وكراء ما تعدى فيه وقال سحنون ان زاد فى الحمل ولو رطلا واحدا ضمن (فرق) قال عبد الملك والفرق بين هذا وبين الزيادة فى المسافة ان مجاوزة المسافة تعد كله فلذلك ضمنها فى قليله وكثيره وزيادة الحمل اذا اجتمع فيه تعد واذن فان كانت الزيادة يعطب من مثلها ضمن والا لم يضمن (فرع) فاذا قلنا ان له كراء الزيادة ان شاء ففى قول مالك له أجر مثل القفيز الزائد ما بلغ الا أن يكون مثل قفيز من العشرة التى اكترى عليها يريد انه ليس له القفيز الزائد من سعر ما أكرى منه العشرة الأقفزة لجواز أن يكون أحدهما غبن صاحبه فى عقد الكراء وانما له قيمة كراء مثله ما بلغت القيمة لانه لم يتقدم فيه عقد ويحتمل أن يريد بذلك مراعاة أجرة حمله زائدا على حمل الدابة لانه أضر من غيره والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما ان حمل غير الجنس الذى اتفق معه فلا يخلو أن تكون مضرته كمضرة ما تكارى عليه أو أشد فان كانت مثل مضرته فلا ضمان عليه وأصل ذلك أن الحمل لا يتعين عند مالك الا بجنس المضرة ولو اكترى رجل من جمال على حمل بعينه كان له أن يبدله بمثله مما مضرته مثل مضرته وليس له بدله بما هو أعظم ضررا

منه فالمراعى فى ذلك مايضغط بثقله جانبي الدابة ويضربها أو الجفاء وعظم الحمل الذى يجفو على الدابة ويضربها من هذا الوجه فان كان اكترى على حمل وحمل ماهو أضر منه مماذكرناه فعطبت الدابة فهو ضامن وان كان مثله فى المضرة فقد قال مالك فى المدونة فيمن اكترى بعيرا لحمل خمسمائة رطل بر فحمل عليه بوزنه ذهبا لاضمان عليه ان لم يكن ذلك أضر بالبعير * قال مالك وله أن يكريه ممن يحمل عليه مثل ذلك وله أن يحمل عليه خلاف ماسمى فيحمل القطن بوزن ماسمى من البر ولا يحمل بوزنه ماهو أضر منه ووجه ذلك ماتقدم (مسئلة) وهذا كله فى الاحمال وأما الراكب فقد يختلف حاله باختلاف أخلاق الناس مع تساوى أجسامهم فنهم من فيه رفق ومنهم من فيه عنف وقد قال مالك لا يعجبنى أن يكرى الرجل دابة فيحمل عليها غيره فقد يكون الراكب أخف من المكترى ولعله أخرق فى الركوب قال ابن القاسم فان حمل عليها من هو فى مثله فى الثقل والحال والركوب لم يضمن ولم يكن مالك يقف على قوله هذا وقوله المعروف الذى ثبت عليه ان له أن يكريها من مثله فى حاله وخفته فان حمل عليها من هو أثقل منه أو غير مأمون فهو ضامن والخلاف الذى أشار اليه انما هو عندى فى ابتداء الكراء فقد استثقل مالك لمن اكترى دابة لركوبه أن يكريها من غيره الا أن يموت أو يقيم فقد جوزه مالك أيضا ولم يختلف قوله فى الاحمال قال ابن حبيب ومعنى ذلك فى الدابة معها صاحبها يتولى سوقها والحمل عليها والحط عنها فأما ان كان يسلمها الى المكترى فله منعه من الكراء من غيره لاختلاف سوق الناس ورفقهم وحياطتهم وتضييعهم لها (مسئلة) ولو أراد من اكترى شق محمل أن يعقب آخر فقد روى عيسى عن ابن القاسم ليس للجمال منعه قال أصبغ ان أعقب راكبا مريحا فذلك وان أعقب ماشيا فليس له ذلك لانه يكون أضر وأثقل والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وكذلك من أخذ مالا قراضا فقال ان رب المال مخير بين أن يدخل معه فى السلعة على ماشرطا أو يكون له رأس ماله يضمنه المتعدى وذلك انه لا يخلو أن يظهر على ذلك قبل أن يبيع مااشترى أو بعده فان ظهر على ذلك قبل البيع فقد قال مالك فى الواضحة يباع عليه مانهى عن شرائه فان كان فيه فضل فهو على القراض وان كان نقصان ضمنه وان شاء رب المال ضمنه جميع الثمن وترك ذلك له وان شاء أمضى ذلك له على القراض فجعله فى هذه المسئلة على هذه الرواية مخيرا بين ثلاثة أوجه أحدها أن يعجل بيع السلعة فيكون ربحها على القراض وخسارتها على العامل المتعدى والوجه الثانى أن يعجل تضمينه اياها ويأخذ منه المال الذى سلمه اليه والوجه الثالث أن يبقى ذلك على القراض وذكر فى أصل الموطأ وجهين التضمين أو الابقاء على حكم القراض الذى كانا عقداه ويحتمل أن يكون الفرق بينهما انما هو فى تعجيل البيع وانه كان له ذلك لما ظهر من تعدى العامل ولو اشترى ماأمر به لم يكن لرب المال عليه تعجيل بيعه

(فصل) وقوله ان رب المال مخير بين أن يدخل معه فى السلعة على ماشرطا بينهما من الربح يريد ان كانا شرطا أن يكون بينهما الربح بنصفين فهو على ذلك وكذلك لو شرطا الأقل لأحدهما والأكثر للآخر كالثلث والثلثين أو غير ذلك من الأجزاء فان أحب صاحب المال أن يقر السلعة على القراض فانما يقرها على الأجزاء المتقدمة (مسئلة) وان لم يعلم بذلك حتى باع السلعة ففى الواضحة عن مالك ان المال على القراض فان بيعت بنقص ضمنه يريد انه ان كان فى ذلك ربح فهو على شرطهما فى القراض وان كانت فيه وضيعة ضمنه العامل المتعدى لانها لما بيعت بمثل العين الذى

هو رأس مال القراض ظهر الربح فيه والوضيعة فلرب المال حصته من الربح لانه نماء ماله وعلى العامل جميع الوضيعة لانها بسبب تعديه (مسئلة) ولو نهاه عن العمل بالمال وهو عين بعد فعمل به ففي كتاب محمد بن المواز وابن حبيب ان الربح للعامل والوضيعة عليه كالوديعة زاد ابن حبيب مالم يقر انه اشترى السلعة باسم القراض فان أقر بها فالربح على شرط القراض ولا يخرجه مالم يفوت بذلك غرضا فان فوت غرضا كان لصاحبه فيه

(فصل) وقوله وكذلك الرجل يبضع معه ليشترى سلعة مسماة فيشترى غيرها فان لصاحب البضاعة أن يأخذ ما اشترى بماله أو يضمنه اياه ومعناه أن المبضع معه قد تعدى على البضاعة ومنع صاحبها غرضه منها وأراد أن ينفرد بالانتفاع بها دون صاحبه فلا يخلو أن يعلم بتعديه قبل بيع ما اشترى به أو بعد ذلك فان علم به قبل أن يبيعه فانه على ما قال يخير رب البضاعة بين أن يأخذ السلعة التى ابتاع المبضع معه بمال و بين أن يضمنه ثمنها وان علم بذلك بعد ما باع المبضع معه السلعة ففي المدونة من رواية محمد بن يحيي عن مالك ان الربح للمبضع معه لانه قد ضمن البضاعة قال عيسى أمرني ابن القاسم أن أضرب عليها وأوقفها والمشهور عن مالك انه ان كان في ثمنها ربح فهو لصاحب البضاعة وان كان نقص فعلى المبضع معه وجه الرواية الأولى انه أمره بشراء جنس مخصوص فاذا فات ذلك بشرائه ما اشترى لنفسه فلم يوجد من المبضع معه الا الاستبداد بتلك المنفعة كالوديعة وبهذا خالف العامل في القراض فان قصد رب المال الربح فلما خالفه العامل أراد الاستبداد بالربح فلم يكن له ذلك وكان لرب المال أن يشاركه فيه على حسب ما تقدم ووجه الرواية الثانية ان رب البضاعة قد أمره بتصريفها في وجه مخصوص فاذا تعدى على البضاعة وأراد الانفراد بالانتفاع بها لم يكن له ذلك كالقراض وبهذا يخالف الوديعة فان الوديعة لم يأمره بتصريفها له في معنى من المعاني وانما أمره بحفظها وهذا الغرض لا يفوته بتصريفها فيما اشترى به لنفسه فلذلك لم يكن لرب الوديعة أخذ ما اشترى بها والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان باع المبضع معه ما اشترى بالبضاعة ثم ردها الى مكانها أو اشترى بها ما أمره به فتلف ففي المدونة من رواية محمد بن يحيي عن مالك لا ضمان عليه اذا أقام البينة بردها وقال عيسى عن ابن القاسم ليس عليه بينة ومعنى ذلك أن يكون اشترى المبضع مع سلعه لنفسه بالبضاعة ما باعه في الموضع الذى أمر بالشراء فيه وعلى الوجه الذى أمر به فلم يفت الشراء فكان لهذه البضاعة حكم الوديعة وانما يتعلق الضمان به لانه تسلفها وصيرها في ضمانه فلما ردها قبل فوات ما أمر به سقط عنه الضمان واختلف أصحابنا في حاجته الى البينة في رد ذلك الى حال الوديعة وقد بينت ذلك في الوديعة بما يغني عن اعادته وبالله التوفيق

﴿ القضاء في المستكرهة من النساء ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب ان عبد الملك بن مروان قضى في امرأة أصيبت مستكرهة بصداقها على من فعل ذلك بها قال يحيي سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يغتصب المرأة بكرا كانت أو ثيبا انها ان كانت حرة فعليه صداق مثلها وان كانت أمة فعليه مانقص من ثمنها والعقوبة في ذلك على المغتصب ولا عقوبة على المغتصبة في ذلك كله وان كان المغتصب عبدا فذلك على سيده الا أن يشاء أن يسلمه ﴾ ش المستكرهة لا يخلو أن تكون حرة أو أمة فان كانت حرة فلها صداق مثلها على من استكرهها وعليه الحد وبهذا قال الشافعي وهو مذهب الليث وروى عن على بن أبي

﴿ القضاء في المستكرهة من النساء ﴾

* حدثني مالك عن ابن شهاب أن عبد الملك بن مروان قضى في امرأة أصيبت مستكرهة بصداقها على من فعل ذلك بها قال يحيي سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يغتصب المرأة بكرا كانت أو ثيبا انها ان كانت حرة فعليه صداق مثلها وان كانت أمة فعليه مانقص من ثمنها والعقوبة في ذلك على المغتصب ولا عقوبة على المغتصبة في ذلك كله وان كان المغتصب عبدا فذلك على سيده الا أن يشاء أن يسلمه

طالب رضى الله عنه وقال أبوحنيفة والثورى عليه الحدّ دون الصداق والدليل على مانقوله ان الحدّ والصداق حقان أحدهما لله والثانى للمخلوق فجاز أن يجتمعا كالقطع فى السرقة وردّها قال مالك وسواء كانت حرة مسلمة أو ذمية أو صغيرة افتضها (مسئلة) وأما ان افتضها بأصبعه ففى كتاب ابن المواز من رواية أبى زيد عن ابن القاسم فيمن افتض بكرا بأصبعه وهى صغيرة أو كبيرة انها كالجائفة وفى ذلك ثلث ديتها وقال محمد وأحب مافيه الىّ أن ينظر الى قدر مانقصها ذلك عند الازواج مثل أن يكون مهر مثلها بكرا مائة ومهر مثلها ثيبا خمسون فيؤدى مانقص ذلك قال ابن حبيب عن أصبغ لانه جرح وليس بوطء (مسئلة) وان كان الذى افتضها صبيا فافتض صغيرة بذكره أو أصبعه قال ابن المواز فيه فى قولنا الاجتهاد بعد رأى الامام ورأى اهل المعرفة وقد حكم فيه عبد الملك بأربعين دينارا وجه ذلك أنه جرح فى الوجهين لانه يشين ويزهد فى المرأة وان لم يشن الجسد فلذلك صرف الأمر فيه الى اجتهاد الامام (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان النساء على ثلاثة أضرب كبيرة وصغيرة لاتميز وصغيرة تميز فأما الكبيرة فهذا حكمها ان أكرهت وأما ان أمكنت من نفسها فعليها الحدّ ولاشئ لها لانها أباحت ذلك من نفسها وأما الصغيرة التى تميز ففى العتبية من رواية سحنون عن أشهب فى الصبية تمكن من نفسها رجلا فيطؤها فان كان مثلها يخدع فعلها الصداق وان كان مثلها لايخدع فلا صداق لها وان لم تحض (مسئلة) وبماذا يثبت الاكراه ان أقامت بينة به فهو أقوى مافيه وهذا مالا خلاف فيه ولايثبت هذا الابشهادة أربعة شهداء انه زنا بها مكرهة فهذا الذى يلزمه الصداق لها ويجب عليه الحدّ بشهادتهم ولو شهد شاهدان قال ابن القاسم أو دون أربعة لحدوا بالقذف قال أصبغ لانهما قطعا عليه بالوطء (مسئلة) فان لم يشهد عليه بذلك ولكنه شهد عليه شاهدان باقراره أو أنهما رأياه أدخلها منزله غصبا فغاب عليها فقالت أصابنى فقد قال سحنون عن ابن القاسم لها الصداق عليه مع يمينها ورواه ابن المواز عن مالك ولاحدّ عليها ولاعلى الشاهدين ووجه ذلك قوة الأمر بالبينة تشهد باحتمالها مكرهة والمغيب عليها ثم مابلغته من فضيحتها فقوى ذلك دعواها واستحقت ببينتها صداقها والله أعلم (فرع) فان نظر اليها النساء فألفينها بكرا ففى كتاب محمد قال أما أشهب فلم ير لها شيأ قال أصبغ وقد قيل لها ذلك ولايقبل قول النساء فى ذلك وجه قول أشهب ان شهادة النساء بالبكارة تبطل ما ادّعته من اصابته اياها ووجه القول الثانى ان النساء فيما فى أرحامهن مؤتمنات والحرائر لاينظر اليهنّ والله أعلم

(فصل) فان لم يشهدا لها بالاكراه ولاباحتمالها والمغيب عليها ولكن جاءت متعلقة به وهى تدمى ان كانت بكرا أو لاتدمى ان كانت ثيبا وقد فضحت نفسها ففى كتاب ابن المواز عن عبد الملك وغيره لاتحد هى لما رمته به ولم يفصل وفى ذلك ثلاث مسائل احداها أن لاتدمى ويكون المقذوف صالحا فقد روى ابن وهب وابن القاسم عن مالك عليها حدّ القذف قولا واحدا والثانية أن تكون تدمى فهذه فيها روايتان روى ابن وهب وابن القاسم عن مالك تحدّ وروى أصبغ عن مالك لاحد عليها والمسئلة الثالثة أن تدعى على رجل صالح فهذا لاحد عليه رواية واحدة رواها ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون فوجه صرف الحد عنها انها مضطرة الى أن تخبر عن نفسها بما جنى عليها مخافة أن يظهر بها حمل ولايسقط ذلك عنها الا بالتعلق به أو بعينه ان كان ممن يليق ذلك به فلما كانت مضطرة الى صرف الرجم والجلد عن نفسها كانت كالرجل يقذف زوجته ويسقط عنه الحد لما كان مضطرا الى ذلك لحماية نسبه وكان مايأتى به من اللعان يقوى دعواه ويصرف الحد عنه وكذلك ماتبلغه

المرأة من فضيحة نفسها يقوى دعواها ويصرف الحد عنها ولها مع ذلك معنيان يقويان دعواها أحدهما التعلق به والثانى أن تكون دامية فان اجتمع لها ذلك فقد أتت بأ كثر ما يمكن أن تأتى به من جهتها فى تقوية دعواها فان قام ذلك مع صلاح المدعى عليه ثبت الخلاف المذكور عن مالك وأصحابه وجه اثبات الحد عليها ان صلاحه المشهور يشهد له ولم يوجد من خلوه بها على وجه التعدى منه مايشهد لها وكل موضع تشهد فيه الخلوة بالوطء فانه لاتقوم مقامه الدعوى كخلوة الزوج بالزوجة ووجه القول الثانى بنفى الحد عنها مايظهر بها من الدم الذى يدل على حدوث ماحل بها مع تعلقها به وهذه معان ظاهرة فيما تدعيه من الظلم لها مع ان هذا غاية ما يمكنها وضرورة صرفها الى حد الزنا عنها ان ظهر بها حمل * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهذا عندى يجب أن يكون حكم الثيب التى لاتدمى لانها محتاجة الى مثل ذلك فى صرف حد الزنا عنها بما تتوقعه من ظهور الحمل بها والله أعلم وأحكم (فرع) واذا كان متهما فانه يعاقب ولاتحد هى اذا كانت بكرا تدمى سواء كان معها أو لم يكن بحضرة ذلك أو بغير حضرته وجه ذلك ان ابتداءها بالتشكى مع مايصدق من ظهور دمها يقوى دعواها (مسئلة) وليس عليها حد الزنا لاقرارها بمجامعة الرجل لها ولو ظهر بها بعد ذلك حمل لان مابلغته من فضيحة نفسها بالاستغاثة والتشكى مما جنى عليها شبهة فى اسقاط الحد عنها فى القذف فبأن يسقط عنها فى حقوق البارى تعالى أولى (مسئلة) وليس على المدّعى عليه ان حلفت حد الزنا لان ذلك من حقوق البارى فلا يثبت الا ببينة وعليه ان كان متهما الأدب رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وكذلك ان لم يكن يعرف بسفه ولا حلم قال ابن حبيب ان كان متهما أدب أدبا وجيعا كانت تدمى أو لاتدمى قال عبد الملك وان كان ممن لايليق ذلك به فلا حدّ عليه ولا أدب ولا عقاب (مسئلة) ولها صداق المثل عليه ان كان متهما أو لم يعرف حاله قاله ابن الماجشون وأشهب زاد ابن حبيب عن ابن الماجشون وان كان ممن لايليق ذلك به فلا صداق لها وقال ابن المواز عن ابن القاسم لاصداق لها وان كان من أهل الدعارة الا أن يشهد رجلان أنه احتملها وخلا بها فيكون لها الصداق اذا حلفت وجه القول الأول ان وجوب الصداق متعلق بدعواها مع مابلغته من فضيحة نفسها وأما الخلوة بها فغير موجب لذلك لانه لو خلا بها ولم تدع اصابة لم يجب عليه صداق وجه قول ابن القاسم انه لم يثبت مايقوى دعواها وانما وجد منها مجرد الدعوى فلا تستحق بذلك صداقا كما لو ادّعت المرأة على الزوج الاصابة دون ثبوت الخلوة فلا يجب لها صداق ولو ادّعته مع ثبوت الخلوة لوجب لها الصداق (مسئلة) وهل يشترط يمينها فى استحقاقها الصداق أصحاب مالك يقولون لايجب لها الصداق الا بيمينها وروى ابن حبيب وابن المواز عن مالك اذا أتت متعلقة به فلها الصداق بلا يمين سواء كانت بكرا تدمى أو ثيبا لاتدمى وجه القول الأول ان دعواها قويت بما قارنها فلا تستحق بها شيأ الا بيمينها لانه لم يثبت شئ من دعواها ووجه القول الثانى ان مابلغت بنفسها لما أسقط عنها حد القذف وحد الزنى أوجب لها الصداق كالبينة بما قارنها

(فصل) وقوله ان كانت حرة فلها صداق مثلها وان كانت أمة فعليه مانقص من ثمنها تقدم الكلام فى الحرة والكلام ههنا فى الأمة وذلك ان من وطئ أمة غيره فان أكرهها فلا خلاف فى المذهب ان عليه مانقصها بكرا كانت أو ثيبا ويريد بالثمن فى هذا الموضع القيمة وفى العتبية من رواية أشهب عن مالك فى الأمة الفارهة تتعلق برجل تدعى انه غصبها نفسها قال الصداق عليه لما بلغت من فضيحة نفسها بغير يمين عليها كانت بكرا أو ثيبا قال يريد فى عدم مانقصها فى الحد وقد اختلف فى الزامه نقص الأمة

وصداق الحرة بهذا (مسئلة) فان طاوعته الأمة فقد قال ابن القاسم فى المدونة عليه ما نقصها وقال غيره لا شئ عليه وجه قول ابن القاسم ان الصداق حق للسيد فلا يسقط باباحة الأمة كما لو أباحت له قطع يدها ووجه قول الغير انها محجور عليها فباباحتها الوطء سقط المهر كالبكر

(فصل) وقوله والعقوبة فى ذلك على المغتصب ولا عقوبة على المغتصبة يريد على المغتصب ان ثبت ذلك عليه ببينة أو باقرار المرأة على ما تقدم ولا عقوبة على المغتصبة لان المكرهة فى الزنى لا حد عليها وأما المكره على أن يزنى فقال مطرف وسحنون لا يحل له ذلك وان هدد بالقتل فان فعل حد قال سحنون لانه لا ينتشر لذلك الا بلذة وأما المرأة فلا حد عليها * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والظاهر عندى خلاف هذا لانه قد يشتهى الانسان الخمر وأخذ مال غيره ويمتنع منه لله تعالى فاذا أكره عليه لم يفعله لالتذاذه به وانما يفعله للاكراه ولا يملك الانسان أن لا ينتشر ولو ملكه وفعله باختياره لكان بمنزلة تجرعه الخمر وغير ذلك مما يشتهيه ويمتنع منه لله تعالى فاذا أكره عليه كان له فعله ولم يوجب الحد التذاذه به والله أعلم وقد يحتمل أن يستدل على ذلك بان ما يوجب القتل من الافعال على وجه الاختيار يوجبه مع الاكراه كقتل المسلم ولا يلزمه على هذا الكفر لأنه ليس بفعل وانما هو اخبار عما فى نفسه فاذا كان قلبه مطمئنا بالايمان فأكثر ما فيه انه كذب والله أعلم

(فصل) وقوله وان كان المغتصب عبدا فذلك على سيده الا أن يشاء أن يسلمه يريد أن العبد ان أكره حرة فصداق الحرة وما نقص الامة يغرمه السيد ومعنى ذلك ان جنايته متعلقة برقبته لأن سيده مخير بين ان يفتكه بالجناية بالغة ما بلغت أو يسلمه ولا شئ عليه غير ذلك فيكون ملكا لمن جنى عليه وهذا اذا ثبت عليه ذلك ببينة * وقال مالك فى كتاب ابن المواز وما لزمه من صداق الحرة ونقص الامة ففى رقبته ويقبل اقرار العبد فيه بفور ما فعل ذلك وهى متعلقة به تدمى فأما ما فعل ذلك وهى متعلقة به تدمى بعد من فعله فلا يقبل قوله فيما يلحق برقبته * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ووجه ذلك عندى أن كل موضع تستحق فيه الحرة الصداق بيمينها فانها مستحقة فى رقبة العبد ولا تأثير لقول العبد عندى وذلك ان اقرار العبد انما يقبل فيما يتعلق من الحدود بجسده فأما فيما يخرجه عن ملك سيده الى ملك غيره فلا يقبل فيه قوله (مسئلة) وان كان الواطئ ذميا ففى كتاب ابن المواز ان أكرهها قتل كنقض العهد فى المحصنات المسلمات وقاله الليث قال ابن المواز وقد قتل أبو عبيدة ذميا استكره مسلمة وقد قال سحنون عن ابن القاسم فى العتبية اذا اغتصب النصرانى حرة مسلمة قتل وروى عن ابن وهب ان اغتصبها صلب ووجه ذلك ان اغتصابه المسلمة وتغلبه عليها نقض للعهد وتغليظ لحق الله تعالى فوجب عليه القتل (فرع) وبماذا يثبت اغتصابه قال سحنون عن ابن القاسم بأربعة شهداء وقد كان يقول يثبت بشهادة رجلين ثم رجع الى هذا وبه قال سحنون وجه اعتبار الاربعة ما احتج به سحنون من ان القتل لا يثبت الا بالوطء ولا يثبت الوطء الا باربعة ووجه القول الثانى أن الاعتبار بالاكراه ولذلك لو لم يكن الاكراه لم يجب القتل والاكراه يثبت بشهادة رجلين (مسئلة) فان طاوعته فقد قال مالك فى الموازية تحد هى وينكل هو والنكال فى هذا مثل ضعفى الحد وأكثر وقال ابن وهب يجلد جلدا يموت منه وان استكره أمة مسلمة قال ابن المواز لا يقتل لأنه لو قتلها لم أقتله وفيه اختلاف وهذا أحب الى لما جاء لا يقتل حر بعبد وقال مالك وعليه فى الامة ما نقصها فى البكر والثيب وهذا كله فيما يجب عليه بحق الاسلام وأما ما يلزمه من الحد ففى المدونة يرد الى أهل ذمته ووجه ذلك انه انما عقدت لهم الذمة لتنفذ بينهم أحكامهم

وشرائعهم والله أعلم وتقرر هذا في الحدود مستوعبا وبالله التوفيق لا رب غيره وهو حسبنا ونعم الوكيل

﴿ القضاء في استهلاك الحيوان والطعام وغيره ﴾

ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول الامر عندنا فيمن استهلك شيأ من الحيوان بغير اذن صاحبه ان عليه قيمته يوم استهلكه ليس عليه أن يؤخذ بمثله من الحيوان ولا يكون له أن يعطي صاحبه فيما استهلك شيأ من الحيوان ولكن عليه قيمته يوم استهلاكه القيمة أعدل ذلك فيما بينهما في الحيوان والعروض ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من استهلك شيأ من الحيوان ان عليه قيمته وكذلك العروض وكذلك كل ما ليس بمكيل ولا موزون ولا معدود ومعنى قولنا معدود أن تستوى آحاد جلته في الصفة غالبا كالبيض والجوز كما تستوي حبوب القمح والشعير من المكيل وآحاد العنب الموزون وأما جلة الحيوان من الرقيق والخيل وان استوى عددا فان آحاد جلته لا تستوى بل تتباين ولذلك يجوز أن يشترى عددا من جلة البيض والجوز غير معين ويكون للبائع تعيينها دون خيار يثبت لواحد منهما بشرط ولا يجوز أن يكون له بالقسمة والتعيين غير ذلك العدد وأما الرقيق والثياب فلا يجوز أن يشترى منها عددا من الجلة الا بالتعيين أو شرط الخيار لواحد منهما أو بمعنى الجزء الشائع فيحصل للشترى بالقسمة على القيمة ذلك العدد أو أقل أو أكثر ولا يعتدله في القسمة من جهة أعيانه وانما يعتدله من جهة قيمته والمكيل والمعدود والموزون انما يقسم بما يعتبر به من كيل أو وزن أو عدد يتعلق بعينه دون قيمته فعلى هذا كل ما ليس بمكيل ولا موزون ولا معدود من استهلك شيأ منه فانما عليه قيمته وقال أبو حنيفة والشافعي مثله وقد روى ذلك عن مالك والاول هو الصحيح المشهور عنه والدليل على ما نقوله ما احتج به بعض شيوخنا البغداديين وهو ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاله في عبد قوم عليه قيمة عدل ان كان له مال ودليلنا من جهة المعنى ان القيمة أعدل لانها تستوعب جميع صفاته ولا يكاد يجد مثل ما أتلف على جميع صفاته ودليلنا من جهة المعنى أيضا ان ما لا يجوز الجزاف في عدد مبيعه فانه لا يجب باتلافه المثل كالدور وقد احتج في ذلك من لم يمعن النظر بحديث حميد عن أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فارسلت احدى أمهات المؤمنين بقصعة فيها طعام فضربت بيدها التي هو في بيتها فكسرت القصعة وقد كان احتج به على بعض من يتعلق بذلك من أهل بلدنا ثم رأيت غيره قد أدخله في تأليفه فخفت أن يكون قد ذهب عليه وجه تأويله فلذلك أوردته وأوردت بعض ما كنت جاوبت به عنه وذلك ان البيت الذي كان فيه صلى الله عليه وسلم بيته والظاهر ان ما فيه له لا سيما مما يستخدم ويستعمل وكذلك البيت الذي وردت منه الهدية فيحتمل أن تكون القصعتان للنبي صلى الله عليه وسلم لكنه أرسل القصعة الصحيحة الى بيت التي أرسلت بقصعتها صحيحة وأبقى المكسورة في بيت التي كسرتها تشعبها وتنتفع بها بدلا من الصحفة التي أخذت منها ولو سلمنا ان القصعتين للمرأتين لم يكن في ذلك حجة اذا اتفق الجاني والمجني عليه على الرضا بها وانما يجب ما قلناه من القيمة اذا أبيا ذلك أو أباه أحدهما ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم رأى ذلك سدادا في الأمر فرضيته التي هو في بيتها وانتقل الى الأخرى فرضيته وليس في الأمر ما يدل على ان احداهما أبت ذلك فحكم به فالحديث لا يتناول موضع الخلاف بوجه والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فاستهلاك الحيوان

﴿ القضاء في استهلاك الحيوان والطعام وغيره ﴾
* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن استهلك شيأ من الحيوان بغير اذن صاحبه أن عليه قيمته يوم استهلكه ليس عليه أن يؤخذ بمثله من الحيوان ولا يكون له أن يعطى صاحبه فيما استهلك شيأ من الحيوان ولكن عليه قيمته يوم استهلاكه القيمة اعدل ذلك فيما بينهما من الحيوان والعروض

والعروض على ضربين أحدهما أن يستهلك الجملة والثانى أن يستهلك البعض واستهلاك الكل على قسمين أحدهما أن يتقدم على الاستهلاك غصب أولا يتقدم عليه غصب فاذا تقدم عليه غصب فان الضمان يتعلق بالغصب دون الاستهلاك لانه لو انفرد الغصب لضمن وقد روى ابن وهب عن مالك فى المجموعة فيمن غصب عبدا فمات من وقته من غير سبب فانه ضامن له بتعديه وقاله ابن القاسم فيمن غصب دارا فلم يسكنها حتى انهدمت انه ضامن لقيمتها خلافا لأبى حنيفة فى قوله ان مالا يصح نقله كالأرضين والعقار فانه لا يضمن بالغصب والدليل على مانقوله ان هذا معنى يضمن به ماينقل ويحول فضمن به مالا ينقل ولا يحول كالاتلاف والاستهلاك وقاله أشهب وان هلك بأمر من الله سبحانه وتعالى وجه ذلك ان الغصب تعد يضمن به الغاصب فعليه أن يرد ماغصب ويسلمه الى صاحبه فان لم يفعل وفاته ذلك فعليه بدله من مثل أو قيمة ان كان ممالا مثل له (مسئلة) ومن غصب أم ولد رجل فماتت عنده ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم يضمن قيمتها على انها أمة لاعتق فيها وقال سحنون فى المجموعة لا يضمن ويضمن ولد أم الولد وجه القول الأول انها محبوسة بالرق فضمنت بالغصب كالامة ولان ابنها له حكمها وقد أجمعنا على انه يضمن بالغصب فكذلك الأم ووجه قول سحنون ان أم الولد لا يصح بيعها بوجه ولا تسلم فى جناية فلم يضمنها بالغصب كالحرة وفرق بين أم الولد وبين ولدها بان أم الولد لا تسلم فى الجناية ولا تستخدم وولدها يستخدم ويسلم فى الجناية فالغاصب له قد حبس منافعه فلزمه ضمانه

(فصل) وان أدرك المغصوب منه عين ماله فلا يخلو أن لا يدخله تغيير أو يدخله تغيير فان لم يدخله تغيير فليس له الا عين ماله ولا يؤثر فى ضمانه تغيير الأسواق بزيادة أو بنقصان ولا طول مدة وان كانت سنين كثيرة رواه فى المجموعة ابن القاسم عن مالك وان تغير الأسواق لا يؤثر فى حيوان ولا غيره وجه ذلك ان حوالة الأسواق غير مؤثرة فى عين ماغصبه الغاصب فلا يؤثر فى ضمانه (مسئلة) ومن غصب شيأ من ذلك فى بلد فوجده صاحبه بغير ذلك البلد ففى المجموعة من رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك ان له أن يأخذ العبيد والدواب حيث وجدهم ليس له الا ذلك وقال أشهب فى الحيوان والعروض ان له أن يأخذه حيث وجده أو يأخذ قيمته منه حيث غصبه وسيأتى بيان ذلك ان شاء الله تعالى ووجه قول مالك ان هذا مما ينتقل غالبا بغير مؤنة على الناقل فلا مضرة فى ذلك على الغاصب لانه لم يتمون فى نقله الا ما كان يتمون فى مقامه وكذلك صاحبه لا مضرة عليه فى رده ولا مؤنته بخلاف العروض ووجه قول أشهب انه مغصوب نقل فثبت فيه الخيار لصاحبه كالعروض (مسئلة) وأما البز والعروض فربه مخير بين أخذه بعينه أو قيمته حيث غصبه وقاله أشهب قال سحنون البز والرقيق سواء انما له أخذه حيث وجده مالم يتغير فى يديه ووجه القول الاول انه قد ينقصه نقله من بلد الغصب الى غيره وذلك بفعل الغاصب فكان له مطالبته بالقيمة ووجه قول سحنون ما احتج به من انه نقص لا تأثير له فى البدن فلم يوجب الخيار للمغصوب منه كحوالة الأسواق (فرع) فان أخذه بغير بلاد الغصب فلا كراء عليه ولا نفقة ولا على الغاصب رده قاله أصبغ ولأشهب نحوه وقال المغيرة فى المجموعة فيمن تعدى على خشب رجل فحمله من عدن الى جدة بمائة دينار فان كان متعديا فلرب السلعة أن يكلفه رده الى عدن أو يأخذه حيث وجده ووجه ذلك انه وجد عين ماله على صفته فلم يكن له الا أخذه ولما نقله عن مكانه الغاصب كان عليه رده كما لو نقله الى مكان قريب (مسئلة) وأما تغير البدن ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم فى الأمة تتغير عنده

الغاصب تغيرا يسيرا أو كثيرا فان لصاحبها أن يأخذها أو يضمنه قيمتها قال ابن القاسم وهرم الجارية عند الغاصب فوت قال أشهب سواء كان ما أصابها من الهرم كثيرا أو يسيرا مثل انكسار اليدين ونحوه فان لصاحبها أن يضمنه القيمة ان شاء قال القاضي أبو محمد وهذا اذا كان مادخلها من النقص بأمر من الله تعالى لا بفعل الغاصب وليس للمغصوب الا أخذها بغير ارش أو يضمنه قيمتها وليس له أخذها ومانقص لان الغاصب لم يضمن ماحدث بانفراده وانما يضمنه بضمان الجملة وأما ان كان مانقص بفعل الغاصب فهل له أخذ الارش فيه خلاف قال ابن القاسم له ذلك وقال سحنون وابن المواز ليس له ذلك وانما له أخذها ناقصة بغير ارش أو اسلامها وأخذ قيمتها يوم الغصب وجه قول ابن القاسم انها جناية على ملك غيره كالمبتدأة ووجه القول الثانى انه مضمون بالغصب ولذلك لا يضمن بقيمته يوم الجناية وانما يضمن بقيمته يوم الغصب * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وقد وجدت لسحنون انه يضمن بقيمته يوم الجناية فى العمد والله أعلم (مسئلة) ومن اغتصب وديا من النخل أو شجرا صغارا فغرسها فى أرضه فكبرت ففى كتاب ابن المواز عن مالك لربها أخذها وكذلك الحيوان أو الرقيق يكبر وقال سحنون انما يحكم بقلع النخل اذا كان مما يعلق ان قلعت وغرست ووجه ذلك ان هذه زيادة فى الرقيق فيقتضى انه ليس له غير حيوانه ورقيقه كالو سمنت وأما النخل والشجر فعندى ان الغاصب ان كان قلعها وقد علقت فان له أن يأخذ شجره أو يضمنه القيمة لانه ليس على ثقة أن تعلق ان قلعها وغرسها وان كان انما أخذها مقلوعة فهو بمنزلة الحيوان لا خيار له وانما يجب له الخيار فى موضع النقص وقد قال ابن القاسم وأشهب فيمن غصب خمرا فخللها فليس لصاحبها الا أخذها وقال أشهب الا أن يكون صاحبها ذميا فله أن يأخذها أو يضمنه قيمتها خمرا يوم الغصب وجه ذلك انه اذا كانت الخمر لمسلم فقد زادت بالتخلل ولم تنقص فى حقه فلم يكن له الا عين ماله وان كانت لذمى فقد نقصت فى حقه بالتخليل فلذلك كان له الخيار والله أعلم (مسئلة) واذا غاب الغاصب عن الجارية ولم يعلم انه وطئها فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان صاحبها بالخيار بين أن يأخذها أو يضمنه قيمتها قاله مالك وجميع أصحابه قال ابن حبيب ولسنا نقول ذلك فى الرقيق المذكور ولا فى الدواب ومعنى ذلك انه لا يؤمن على الغاصب أن يصيبها وذلك ينقص ثمنها وقال أصبغ وانما ذلك فى الجارية الرائعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان القيمة الواجبة فى الغصب هى قيمة السلعة يوم الغصب سواء زادت بعد ذلك عند الغاصب أو نقصت قاله مالك وأصحابه وقد قاله ابن القاسم وأشهب فى الموازية فيمن غصب جارية صغيرة تساوى مائة فلما كبرت وصارت قيمتها ألفا ماتت فانه يضمن قيمتها يوم الغصب قال أشهب فيمن جرح عبدا قيمته مائة دينار فاتت وقيمته ألف فانه يضمن قيمته يوم الجرح وهذا اذا ماتت بغير فعل الغاصب فأما ان ماتت بسببه مثل أن يقتلها وقد زالت فقد قال ابن القاسم وأشهب لا يضمن الا قيمتها يوم الغصب وقال سحنون فى المجموعة القتل فعل ثان وقال ان له أخذه بالقيمة يوم القتل ثم رجع الى قول ابن القاسم وأشهب قال ابن القاسم وأشهب ولو باعها وهى تساوى ألفين بألف وخمسمائة لم يكن له الا قيمتها يوم الغصب (مسئلة) ولو فقأ الغاصب عمدا أو خطأ عين الجارية أو قطع يدها فليس لربها الا قيمتها يوم الغصب أو يأخذها ولا شئ له وقاله ابن المواز وقال ابن القاسم فى الموازية والمجموعة وغير موضع له أن يأخذها ومانقصها قال الشيخ أبو محمد يريد يوم الجناية قال سحنون وهذا خلاف ماقاله ابن القاسم فى القتل ان عليه قيمتها يوم الغصب فيأخذها ومثل قيمتها أو أكثر فيأخذ فى اليد مالا يأخذ فى النفس وانما له

أخذها ناقصة فقط أو قيمتها يوم الغصب وقد تقدم في القتل لسحنون مثل قول ابن القاسم في قطع اليد ثم رجع عنه

(فصل) وأما ان عرا الاستهلاك والتعدي من الغصب فانما له القيمة يوم الاستهلاك وقد قال مالك في المجموعة فيمن تعدى فوطئ أمة رجل وقيمتها مائة فحملت أو لم تحمل ثم قام صاحبها وقيمتها خمسون فعليه قيمتها يوم الوطء وهي في ضمانه من يومئذ وعليه في الغصب قيمتها يوم الغصب لا ينظر الى ما بعد ذلك وجه ذلك ان الغصب معنى تضمن به فلا ينظر الى ما حدث بعده وأما التعدي فلم يتقدمه ما يوجب الضمان فكان ذلك أول حالي الضمان فكان الاعتبار به (مسئلة) وأما ان استهلك بعض العين أو دخل عليها نقصا فلا يخلو أن يكون يسيرا أو كثيرا فان كان يسيرا فان لصاحبها أخذها وقيمة ما نقصت الجناية منها قال ابن المواز ولم يختلف في هذا قول مالك وابن القاسم وأشهب كانت جنايته خطأ أو عمدا ويخالف ذلك الغصب فانه يلزمه الضمان بالفساد اليسير لتقدم الغصب الموجب للضمان وقد قال ابن المواز وأشهب عن ابن القاسم فيمن كسر قصعة أو فقأها أو شق ثوبا أو كسر سرجا فان في النقص الكثير قيمته وفي اليسير ما نقصه قال أشهب بغير خياطة ورواه عن مالك وقال ابن القاسم بعد رفوه ومعنى ذلك عندي ما يليق بالثوب من خياطته أو رفوه وهذا عندي اذا كان اليسير لا يبطل المنفعة المقصودة من الحيوان فاذا بطلت المنفعة المقصودة منه لزم الجاني جميع قيمته وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في الذي يقطع ذنب فرس أو حمار فاره أو بغل مما يركب مثله ذو والهيآت فانه يضمن جميع قيمته لانه أبطل الغرض فيه بخلاف العين والأذن وهذه المسئلة ذكرها القاضي أبو محمد وغيره من أصحابنا البغداديين وسوى بين الأذن والذنب في ذلك وهو الأظهر خلافا للشافعي وأبي حنيفة في قولهما انما في ذلك ما بين القيمتين والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضي أبو محمد انه أتلف بهذه الجناية الغرض المقصود من هذه العين فلزمه ضمانها كما لو أتلف جميعها (مسئلة) ومن تعدى على شاة فقل لبنها فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان كان عظم ما يراد اليه اللبن فعليه قيمتها ان شاء ربها وان لم تكن غزيرة اللبن فانما يضمن ما نقصها وأما البقرة والناقة فانما يضمن ما نقصها وان كانت غزيرة اللبن لان فيها منافع غير اللبن وقاله أصبغ (مسئلة) ومن قطع يد عبد غيره أو فقأ عينه قال أشهب في المجموعة والموازية ان عليه ما نقصه فجعل قطع اليد أو فقء العين في حيز اليسير وقال وأما قطع اليد الواحدة في البهائم فيبطل جل منافعها أو جميعها أن عليه القيمة وأما فقء العين وقطع الأذن أو الذنب أو كسرها كسرا ينجبر فيه فان عليه ما نقصها وقاله مالك وعمر بن عبد العزيز وأبو الزناد وروى في المجموعة أشهب عن ابن كنانة عن مالك في قطع يد العبد وفقء العين أن ربه مخير بين أن أخذ ما نقصه أو يضمنه قيمته فجعله في حيز الكثير وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن قطع يد عبد فان كان صانعا وعظم قدره لصنعته ضمنه وان لم يكن صانعا فقيمة ما نقصه وان كان تاجرا نبيلا وأما فقء العين ففيه ما نقصه وان كان صانعا

(فصل) وأما اذا كان الفساد كثيرا فقد قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة والموازية فيمن كسر قصعة أو سرجا أو فقأها أو شق ثوبا أن في النقص الكثير قيمته (مسئلة) ومن قطع يد عبد أو رجليه أو فقأ عينه فقد قال أشهب في المجموعة والموازية يلزمه قيمته وقاله ابن كنانة عن مالك وكذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قال أشهب في كتاب محمد الا أن يرى انه بعد العمى وقطع

قال يحيى وسمعت مالكا يقول فيمن استهلك شيأ من الطعام بغير اذن صاحبه فانما يرد على صاحبه مثل طعامه بمكيلته من صنفه وانما الطعام بمنزلة الذهب والفضة انما يرد عن الذهب الذهب وعن الفضة الفضة وليس الحيوان بمنزلة الذهب فى ذلك فرق بين ذلك السنة والعمل المعمول به

اليدين لم تذهب أكثر منافعه وروى أشهب عن ابن كنانة عن مالك فيمن قطع يد عبد عمدا أو فقأ عينه عمدا خير ربه بين أخذ ما نقصه أو يضمنه جميعه قال أشهب اذا أذهب قطع يده الواحدة أكثر منافعه فليس لسيده الا قيمته وان لم يذهب أكثر منافعه فربه مخير كما قال مالك فعلى هذا يتنوع الفساد عند مالك نوعين يسير يجب به ما نقص وليس له تضمينه وكثير اختلف قوله فيه فمرة قال ليس له الا القيمة وهو الذى روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن قطع رجلى عبد أو يديه أو فقأ عينيه فقد لزمته قيمته كلها وليس لسيده أن يختار امساكه ويأخذ ما نقصه وكذلك غير العبد من عرض أو غيره ومرة قال هو مخير بين أخذه وما نقص أو أخذ قيمته قال ابن المواز والى هذا رجع مالك فى الفساد الكثير ويتنوع الفساد عن أشهب الى ثلاثة أنواع أحدها يسير ليس الا ما نقص والثانى أن ينقص الكثير ولا يذهب أكثر المنافع فهذا يكون صاحب السلعة مخيرا على ما ذكر وأما اذا أتلف أكثر المنافع فليس لصاحبه الا القيمة وقد قال أشهب فى الثوب والعبد اذا كان له تضمينه القيمة بكثرة الفساد فليس له أن يأخذه ويأخذ ما نقصه وانما له أخذه بحاله ولا شئ له غيره أو يلزمه قيمته جميعه وكذلك ذابح الشاة فليس لصاحبها أن يأخذها حيا ويأخذ ما نقصها قال ابن المواز وهو أحب الى لانه لما لزمته القيمة لم يكن له أن يأخذ القيمة عن غير العين الذهب أو الورق وليس له أن يأخذ سلعته وبعض القيمة ولا يأخذ غير القيمة الا باجتماع منهما على أمر جائز الا أن يرضى صاحب السلعة أن يأخذها ناقصة دون شئ فذلك له واحتج أشهب انه كما ليس له أن يضمنه فى اليسير كذلك ليس له فى الكثير أن يأخذ سلعته وما نقصه ص * قال يحيى وسمعت مالكا يقول فيمن استهلك شيأ من الطعام بغير اذن صاحبه فانما يرد على صاحبه مثل طعامه بمكيلته من صنفه وانما الطعام بمنزلة الذهب والفضة انما يرد من الذهب الذهب ومن الفضة الفضة وليس الحيوان بمنزلة الذهب فى ذلك فرق بين ذلك السنة والعمل المعمول به * ش وهذا على حسب ما قال ان من استهلك شيأ من الطعام تعديا فان عليه مثله فى الكيل والصفة وهذا اذا كان معلوم الكيل وكذلك ما يوزن ويعد على ما قدمناه فان كان غير معلوم القدر فان عليه قيمته لحوز صبرته ويكون عليه قيمتها لانه لو دفع اليه مثل ما حوز فيها لم يأمن أن يدفع اليه عن صبرته حنطة أكثر منها أو أقل فيؤدى الى التفاضل فى الطعام (فرع) وهذا قبل الحكم عليه بالقيمة فأما اذا حكم عليه بالقيمة فقد روى سحنون عن أشهب فى العتبية فيمن غصب صبرة قمح فأراد الغاصب أن يصالح منها على كيل من القمح فان كان قد ألزم الغاصب القيمة بحكم أو صلح فلا بأس أن يأخذ منه بتلك القيمة كيلا من القمح وأما قبل ذلك فلربها أن يقيم البينة انها عشرون اردبا ويأخذ ذلك الا أن يصالحه من المكيل على ما لا شك فيه يريد لا شك انه أقل من حقه قال وكذلك من غصب خلخالا فضة ويلزمه قيمتها من الذهب (مسئلة) ومن خلط قمحا لرجل بشعير لغيره ضمن لكل واحد منهما مثل طعامه قاله ابن القاسم وأشهب ووجه ذلك انه قد أتلف عين طعام كل واحد منهما ومنعه الوصول الى قبضه (فرع) فان لم يكن للجانى مال بيع الطعام المخلوط واشترى من ثمنه لكل واحد منهما مثل طعامه قاله أشهب قال فان فضل شئ فللجانى وان نقص شئ فعليه الا أن يشاء صاحبا الطعام أن يتركا طلب الجانى ويأخذا الطعام ويقتسمانه بينهما وقد جوزه ابن القاسم وأشهب واختلفا فى صفة الاشتراك فيه فقال ابن القاسم يشتركان فى الطعام المختلط أحدهما بقيمة قمحه والآخر بقيمة شعيره وقال أشهب لا يجوز أن يشتركا فيه الا على السواء ان كانت مكيلة طعامهما سواء ولا يجوز على التفاضل فيه لأن ذلك

يؤدى الى التفاضل بين القمح والشعير وقال سحنون ليس لهما أن يتركاه للغاصب ويأخذا الطعام المختلط على التساوى ولا على القيمة (مسئلة) ولو خلط زيتا بسمن أو سمن بقر بسمن غنم يضمن ماضاع منه ومابقى ولو خلط نوعا واحدا كزيت بزيت أو سمنا بعسل أو بزيت أو سمنا بسمن فضاع بعضه ضمن ماضاع ومابقى ولصاحبى ذلك أن يقتسماه بشطرين أو يدعاه وما كان من جنسين كالسمن والعسل فلهما أن يصطلحا فيه على الثلث والثلثين كان أحدهما باع ثلث سمنه بثلثى عسل صاحبه قال ذلك أشهب وجه ذلك ان خلط النوع الواحد جناية على من خلط ماله بمال غيره لاسيما أن التساوى المحقق فى الاغلب غير موجود فلذلك لزمه الضمان فاذا كان مما لايجوز بينهما التفاضل لم يجز أن يقتسماه عند أشهب الا على التساوى لأن التفاضل يحرم فيه وان كانا مما يجوز فيه التفاضل كالعسل والسمن جاز ان يقتسماه على ماتراضيا عليه لأن التفاضل فيهما غير ممنوع والله أعلم وقد تقدم قول ابن القاسم وسحنون فى مثل هذا (مسئلة) وهذا فيما لا يمكن تمييز بعضه من بعض فأما ما يمكن فيه ذلك فقد قال أشهب فيمن خلط جوز رجل بحنطة آخر انه لايضمن لأنه يقدر على تخليص ذلك بلا مضرة على القمح والجوز قال وكذلك خلط الجوز بالرمان والرمان بالاترج والتفاح الا أن يكون خلطهما يفسد أحدهما فيضمن الذى يفسد بالخلط وان كانا يفسدان بذلك ضمنهما ولو تلفا قبل الفساد قال ابن المواز كيف يضمنهما قبل أن يفسدا والخلط ليس بموجب للضمان وانما يوجبه الفساد (مسئلة) ومن غصب قمحا فطحنه قال ابن القاسم فى المجموعة عليه مثله وقال أشهب فى غيرها يأخذ صاحب القمح دقيقه ولاشئ عليه فى طحينه وأصل ابن القاسم فى هذا مخالف لأصل أشهب وذلك أن ابن القاسم يقول ان الغاصب اذا صنع فيما غصب صناعة لم يكن للمغصوب منه أن يأخذ ذلك الا بأن يدفع الى الغاصب قيمة تلك الصناعة والا ضمنه ماغصبه اياه فان كان ثوبا صبغه الغاصب كان لصاحبه أن يدفع اليه قيمة صبغه أو يضمنه قيمة ثوبه وان كان مما له مثل فكذلك يدفع اليه قيمة صناعته أو يأخذ منه مثل ماله ولايجوز ذلك فى الحنطة لأنها حنطة ودراهم بدقيق ولا يجوز فيهما التفاضل وأشهب يقول ان مايصنعه الغاصب فى ذلك كله يبطل وللمغصوب منه أن يأخذ الثوب ولايعطيه قيمة الصبغ ويأخذ الحنطة ولايعطيه قيمة الطحن واتفقا فى المجموعة على انه من غصب حنطة فطحنها سويقا ولته فليس لربها أخذ ذلك فان لم يكن للغاصب مال بيع السويق فاشترى من ثمنه مثل الحنطة فافضل فللغاصب ومانقص اتبع به قال أشهب وليس كذلك الثوب يصبغ والثوب يقطع والعمود يدخل فى البنيان لأن اسم ذلك قائم بعد واسم القمح قد زال وانتقل الى اسم السويق قال سحنون كل ماغير حتى يصير له اسم غير اسمه فليس له أخذه وهو فوت وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان لرب الحنطة أن يأخذها اذا طحنها الغاصب سويقا أو يضمنه مثلها ولاحجة للغاصب فى الصنعة لما روى انه ليس لعرق ظالم حق واتفق أشهب وابن القاسم على أن من غصب ثوبا فجعله ظهارة أو بطانة لجبة أو جعله قلانس فان لربه فتقه وأخذه أو أخذ قيمته وذلك انه عند أشهب لم ينقل عن اسمه وعند ابن القاسم ليس فيه غير صناعة يجب على صاحب الثوب قيمتها (مسئلة) ومن غصب عمودا أو خشبة فأدخلها فى بنيانه فان لصاحبها أن يأخذها وان خرب البنيان قاله مالك وأشهب وابن القاسم ولو عمل الخشبة بابا لم يكن له أن يأخذه * قال مالك لأنه لايقدر أن يعيده الى ما كان عليه وعلى قول أشهب قد انتقل عن اسم الخشبة الى اسم الباب وليس له أخذ الباب دون غرم قيمة الصنعة ولا أن يأخذه ويدفع قيمة الصنعة لأنه قد حال الى غير ما كان عليه قال وكذلك

الحنطة تخبز خبزا والجلد خفافا (مسئلة) ومن غصب فضة فصاغها حليا أوضرب بها دراهم أوغصب دراهم فصاغها حليا أوغصب حليا فكسره وصاغ منه حليا آخر يخالفه أونحاسا فصنع منه آنية أوحديدا فصنع منه سيوفا أوآنية فقد قال أشهب وابن القاسم ليس لرب المال هذا أخذ ذلك وله مثل وزن فضته ونحاسه وحديده ومثل دراهمه وقيمة الحلى قال أشهب وليس له أن يعطيه قيمة الصنعة لما فى ذلك من التفاضل بين الفضتين ولان يذهب بصنعته باطلا وليس كالحنطة يطحنها سويقا لان التفاضل بين الحنطة والسويق وان لم يلت جائز وقد تقدم من قوله ومن قول ابن القاسم فى السويق ما يجب أن يتفاضل وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن غصب فضة فصاغها حليا ان لربها أخذها أو يضمنه مثل فضته لانه لاحق لعمل ظالم ووجه ذلك انه يمكن ردها الى ما كانت معه عليه كالجذع والحجر يدخل فى البنيان وهذا يخالف صبغ الثوب وطحن القمح لانه لا يمكن ان يعاد الى ما كان عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان المستهلك من أحدهما مجهول العدد لزمت فيه القيمة أيضا لان اعتبار المثل مع الجهل بالوزن لا يكاد يسلم فيه من التفاضل بين الذهبين والورقين وذلك ممنوع باتفاق (مسئلة) ومن غصب كتانا مغزولا أومنقوشا فغزله ثم نسجه ثوبا فعليه مثل الكتان فان لم يوجد مثله فقيمته يوم استهلاكه رواه ابن المواز عن أشهب قال وقال ابن القاسم عليه قيمة الغزل وجه ذلك انه عند أشهب قد انتقل الى اسم آخر وعند ابن القاسم قد انتقل الى جنس آخر يجوز التفاضل بينه وبين ما غصبه مع النسا والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن وجد طعامه بغير بلاد الغصب ففى كتاب ابن المواز عن أشهب هو مخير بين أخذه وأخذ مثله فى موضع الغصب وقال سحنون لا أعرف قول أشهب هذا وانما له أخذه بمثله فى موضع الغصب وكذلك روى أصبغ عن أشهب فى العتبية والموازية وقاله ابن القاسم فى الطعام والادام وكل ما يوزن أو يكال قال أصبغ ان كان البلد البعيد فالقول ما قال ابن القاسم وان كان قريبا كبعض الارياف والقرى ويحمل على الظالم بعض الحمل وجه قول أشهب ان نقله الى بلد آخر اما أن يكون زيادة لاغبن لها فذلك لا يمنع صاحب الحق من أخذه حقه وقد وجده بعينه أو يكون نقصا فى الصفة فقد رضى بها وجه قول ابن القاسم ان الحمل زيادة فى الطعام ليس له أن يعطى عنها عوضا لما يدخل ذلك من التفاضل بين الطعامين الذى وجب له بالنقل والذى نقل ولذلك يجبر صاحب الطعام فيهما ولا يجوز أيضا المسامحة بقدر الحمل لانه يؤدى الى ذلك والله أعلم (مسئلة) فاذا قلنا انه ليس له الا القيمة واذا اختارها صاحب الطعام على قول أشهب فلا يرفع الطعام المنقول الى الغاصب حتى يتوثق منه قال أشهب يحال بين الغاصب وبين الطعام حتى يوفى المغصوب منه حقه وقال أصبغ يتوثق له بحقه قبل أن يخلى بينه وبينه وقاله ابن المواز (مسئلة) ولو أتلف عسلا أوسمنا ببلد فلم يجد فيه مثله فقد حكى ابن المواز عن ابن القاسم عليه أن يأتيه بمثله وله أن لا يأخذ قيمته الا أن يصطلحا على أمر يجوز وقال أشهب رب الطعام مخير ان شاء صبر وألزمه المثل يأتى به وان شاء ألزمه القيمة الآن وقال ابن عبدوس اختلف فى هذا كما اختلف فى الفاكهة يسلم فيها فينقضى ابانها وقد بقى بعضها فالصبر حتى يؤتى بالطعام من هذا أخير كالصبر حتى يأتى ابان الثمرة الى قابل قال ابن القاسم يلزم الطالب التأخير فيهما وقال اشهب يرد اليه رأس ماله فى السلم ولا يجوز التأخير وقال فى الطعام يأخذ قيمة الطعام ان شاء وان شاء أن يؤخر وهذا على أصله فسخ دين فى دين وانما ينظر فان كان الموضع الذى يوجد فيه ذلك على يوم أو يومين أو ثلاثة أو الأمر القريب فليس له الا مثل طعامه يأتيه به وان كان على الطالب فى تأخيره

ضرر أو كان استهلكه في لج بحر أو سفر بعيد فعليه قيمته حيث استهلكه يأخذه به حيث لقيه

(فصل) وقوله وانما الطعام بمنزلة الذهب والفضة يرد من الذهب الذهب ومن الفضة الفضة وذلك ان الذهب والورق لا يخلو أن أيضا أن يكونا معلومي القدر أو غير معلومي القدر فان كانا معلومي القدر فلا يخلو أن يكون غير مصوغ أو مصوغا فان كان غير مصوغ مثل أن يكون تبرا أو مضروبا فان هذا فيه المثل يرد من الذهب ذهبا ومن الفضة فضة في مثل ذلك القدر والصفة لان التماثل فيهما موجود غير معدوم وانما يعدل الى القيمة اذا عدم التماثل (مسئلة) فان كان الذهب أو الفضة مصوغين فان عليه قيمته في مثل تلك الصياغة ان كان المستهلك ذهبا فقيمته من الفضة وان كان فضة فقيمته من الذهب رواه ابن القاسم عن مالك وجه ذلك ان الصياغة من جملة ما استهلك وعليه قيمتها والتماثل متعذر فيها لاسيما مراعاة جنس فضتها لان الدنانير والدراهم لا تضرب الا بعد ردها الى التماثل في الجنس والتماثل في السكة غير معدوم وأما الصائغ فلا يعتبر في وجود مايصوغه شيأ بل يتفاوت جودة مايصاغ من ذلك ولا يكاد يوجد فيها التماثل وكذلك جنس مايصاغ منه يبعد فيه التماثل فلذلك لزمت فيه القيمة (مسئلة) ومن تعدى على سوار بن لغيره فهشمهما فقد قال ابن القاسم في المجموعة والموازية عليه قيمة الصياغة من ذهب أو فضة وليس كالفساد الفاحش في العروض لانه أتلف الصنعة وقال أشهب عليه أن يصوغهما له وقد قال مالك فيهما وفي الجدار يهدمه فان لم يقدر أن يصوغهما فعليه مانقص من قيمتهما مصوغين ومكسورين ولا أبالي قوما بذهب أو فضة وقال ابن المواز عليه قيمة مانقصتهما الصنعة وجه قول ابن القاسم أنه على الذهب وانما تعدى على الصياغة فكان عليه قيمتها لانها مما لا مثل له وجه قول أشهب عليه أن يصوغهما له لان الصياغة عنده مما لها مثل ولذلك قال فيمن استهلكهما لا ألزمه مثلهما لاني لا آمن أن يكون في ذلك أكثر من ذهبه أو أقل وفي الكثير انما يصوغ ذهبهما نفسه وهذا الذي قال غير متخلص لانه يلزمه أن يأتي بذهب مثله ويصوغ مثل تلك الصناعة ووجه قول ابن المواز عليه مانقصتهما الصياغة انه نقص طرأ على الحلي لا يتصور انفراده دونه وهو مما لا مثل له فكان عليه مانقص كالوجني على ثوب بتخريق ص ﴿ قال يحيي وسمعت مالكا يقول اذا استودع الرجل مالا فابتاع به لنفسه وربح فيه فان ذلك الربح له لانه ضامن للمال حتى يؤديه الى صاحبه ﴾ ش وهذا على حسب ماقال ان من تجر بمال استودعه فربح فيه فان الربح له وقد اختلف قول مالك في جواز السلف من الوديعة بغير اذن المودع فحكى القاضي أبو محمد في معونته ان ذلك مكروه وقد روى أشهب عن مالك في العتبية انه قال ترك ذلك أحب الي وقد أجازه بعض الناس فروجع في ذلك فقال ان كان له مال فيه وفاء وأشهد فارجو أن لا بأس به ووجه الكراهية مااحتج به القاضي أبو محمد لان صاحبها انما دفعها اليه ليحفظها لا لينتفع بها ولا ليصرفها فليس له أن يخرجها عما قبضها عليه وفي المدونة من رواية محمد بن يحيي عن مالك من استودع مالا أو بعث به معه فلا أرى أن يتجر به ولا أن يسلفه أحدا ولا يحركه عن حاله لاني أخاف أن يفلس أو يموت فيتلف المال ويضيع أمانته ووجه الرواية الثانية انا اذا قلنا ان الدنانير والدراهم لا تتعين فانه لا مضرة في انتفاع المودع بها اذا رد مثلها وقد كان له أن يرد مثلها ويمسك بها مع بقاء أعيانها (مسئلة) وهذا فيما لا يتعين فاما مايتعين فعلى ضربين ماله مثل كالمكيل والموزون والمعدود ومالا مثل له كالحيوان والعروض فاما ماله مثل فالأظهر عندي المنع منه ويجيء على قول القاضي أبي محمد انه يرى برد مثله اباحة ذلك وسيجيء ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما مالا مثل له فلا شبهة في المنع منه وبالله التوفيق (فرع)

قال يحيي وسمعت مالكا يقول اذا استودع الرجل مالا فابتاع به لنفسه وربح فيه فان ذلك الربح له لأنه ضامن للمال حتى يؤديه الى صاحبه

وان تلفت الوديعة بعد ما تسلف منها ففي كتاب ابن المواز لا يضمن الا ما تسلف وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان استودعها مصرورة فحل صرارها ثم تسلف منها شيأ ضمن جميعها تلفت بعد ان رد فيها ما تسلف أو قبله وكذلك لو حلها ولم يتسلف منها ولو أودعها منثورة لم يضمن غير ما تسلف منها (مسئلة) ومن استسلف شيأ من ذلك ورده فقد قال يحيى بن عمر اختلف قول مالك في الذي ينفق من وديعة عنده ثم يرد ما أنفق فقال لا شئ عليه وبه أخذ ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ وقال ابن حبيب سواء كانت منثورة أو مصرورة وقال مالك أيضا لا يبرأ وان رده لانه دين ثبت في ذمته وبهذا أخذ المدنيون من أصحاب مالك ورواه المصريون ولم يأخذوا به وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون اذا استودعها مصرورة فحل صرارها ثم تلف منها شئ بعد الرد ضمنه وان استودعها منثورة ثم رد ما تسلفه لم يضمنه وحكى القاضي أبو محمد عن مالك القول الأول من هذه الأقوال وحكى ابن الماجشون انه يلزمه الضمان على الاطلاق واحتج لقول مالك بان الذي أوجب عليه الضمان تعديه بالأخذ فاذا رد ما أخذ فقد زال التعدي وسقط عنه الضمان قال ولانه حافظ لها على الوجه الذي أمر به فلم يلزمه ضمان كحالة الابتداء وجه قول عبد الملك انه قد خرج عن الأمانة بأخذها على وجه التعدي فرده اياها لا يزيل عنه الضمان كما لو جحدها ثم اعترف بها (فرع) اذا قلنا انه سقط عنه الضمان بالرد فان ذلك فيما له مثل كالذهب والفضة والحنطة والعسل وكل ما يكال ويوزن وأما فيما يلزم فيه القيمة فلا يسقط عنه الضمان حكى ذلك القاضي أبو محمد وهو معنى ما قال في المدونة انه ان رد مثل الثياب في الصفة والطول والعرض لم يبرئه ذلك عند ابن القاسم لان من استهلك لرجل ثوبا فقد لزمته قيمته ولم يكن له أن يخرج مكانه ثوبا (فرع) فاذا قلنا يبرأ برد المثل فيما له مثل فان أقام البينة برد المثل برئ وان ادعى ذلك من غير بينة فقد قال القاضي أبو محمد في ذلك روايتان احداهما يقبل لان ذلك موكول الى أمانته كادعائه التلف والثانية لا يقبل لان ما تسلف قد تعلق بذمته فلا يبرأ منه الا ببينة أو اقرار كسائر الديون ويحتمل أن يكون القاضي أبو محمد أشار الى ما روى عيسى عن ابن القاسم في المدنية انه لا بينة عليه وقال مالك ان رده ببينة برئ والا لم يبرأ منه وبه أخذ ابن وهب ورواه محمد بن يحيى عن مالك وفي كتاب ابن المواز ان تسلفها ببينة لم يقبل قوله الا ببينة وان تسلفها بغير بينة فالقول قوله (مسئلة) فاذا قلنا يقبل قوله ففي المدونة القول قوله في رد ذلك ولم يذكر يمينا وقال في كتاب ابن المواز هو مصدق مع يمينه وقاله أشهب في كتابه قاله في المدونة لانه لو قال تلفت ولم آخذ منها شيأ لصدق ووجه الرواية بنفي اليمين وهو ظاهر ما في المدونة انها يمين تهمة فلا يلزم المؤتمن ووجه الرواية الثانية ان الحق قد تعلق في ذمته فلا يصدق في براءته منه بمجرد دعواه (مسئلة) وهذا اذا تسلف منها بغير اذن صاحبها وأما من أودع وديعة فقيل له تسلف منها ان شئت فتسلف منها وقال رددتها فقد قال ابن شعبان لا يبرئه رده اياها الا الى ربها وجه ذلك انه اذا قال ذلك رب المال صار هو المسلف فلا يبرأ المتسلف الا برد ذلك اليه وعندي انه يبرأ بردها الى الوديعة لانه على حسب ذلك كانت عنده قبل أن يتسلفها فاذا ردها الى ما كانت عليه برئ من الضمان والله أعلم

(فصل) وقولنا انه ان ابتاع به لنفسه فربح فالربح له لانه ضامن له يريد ان كان المال عينا وذلك ان الوديعة لا يخلو أن تكون عينا أو غير عين فان كانت عينا فمذهب مالك ان ما ابتاع به له وان الربح في ذلك له والخسارة عليه وهذا عندي مبني على أن الدنانير والدراهم لا تتعين بالغصب ولذلك قال

انه لو كانت الوديعة طعاما فباعه بثمن فان صاحبه مخير بين امضاء البيع وأخذ الثمن أو تضمينه مثل طعامه ووجه ذلك ان هذا مما يتعين بالصفة ويتعلق بذلك معنى آخر وهو ان المودع لم يبطل على المودع غرضه من الدراهم لانه انما أمره بحفظها ولو كانت بضاعة أمره أن يشتري بها سلعة معينة أو غير معينة فاشترى بها سلعة لنفسه فان صاحب البضاعة مخير بين أن يضمنه مثل بضاعته أو يأخذ ما اشترى بها ووجه ذلك انه قد رام أن يبطل عليه غرضه من بضاعته ويستبد بربحها فلم يكن ذلك له

(مسئلة) وابتياعه لنفسه انما يؤثر في العقود التي من شرطها التناجز في المجلس ففي كتاب ابن المواز لو كانت الوديعة دراهم فصرفها بدنانير أو دنانير فصرفها بدراهم لنفسه فليس لربها الا ما كان له وليس له أن يأخذ ما صرفها به الا أن يرضى المودع فان صرفها لربها لا يحل له أن يأخذ ما صرفها به وان رضي بذلك ولكن يصرف هذه ان كانت دراهم بمثل دنانيره فما كان من فضل فلربها وما كان من نقص ضمنه المتعدي بخلاف التعدي في العروض التي يكون ربها مخيرا في التعدي عليه وجه ذلك انه اذا صرف الدراهم لنفسه صح الصرف فيها واذا صرفها لصاحبها كان بالخيار فمنع ذلك صحة الصرف فان فات بانكار من صارفه أو مغيبه لم يحل لصاحب الدراهم أخذ عوضها من الذهب لان ذلك امضاء منه لصرف الخيار وهذا مذهب مالك في أن ربح الوديعة للمودع وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمن وربيعة وقال أبو حنيفة يتصدق بالربح ولا شيء منه للمودع ولا للمودع وقال الشافعي ان اشترى بذلك المال بعينه فالربح لصاحبه وان اشترى بمال غير معين فقضى من الوديعة فالربح للمودع ووجه ذلك قول مالك انه اغتصب عددا ما فلم يكن عليه غيره كما لو اشترى به ثوبا يساوي أكثر من ثمنه فلبسه أو وهبه

(فصل) وقوله لانه ضامن للمال حتى يوفيه الى صاحبه يريد على أصل مالك أو الى من يقوم مقامه في القبض له لانه اذا رده الى الوديعة فقد رده الى صاحبه لان يد المودع تنوب عن يد صاحبه فاذا نوى رده ووجد منه من العمل ما يتم به ذلك فقد رده الى صاحبه وهذا على مذهب مالك وأما على مذهب ابن الماجشون في المصروف لا يبدأ الا برده الى صاحبه في رواية ابن حبيب عنه أو على رواية القاضي أبي محمد عنه في اطلاق ذلك والأمر أبين والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء فيمن ارتد عن الاسلام ﴾

ص ﴿ يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من غير دينه فاضربوا عنقه ومعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم من غير دينه فاضربوا عنقه انه من خرج من الاسلام الى غيره مثل الزنادقة وأشباههم فان أولئك اذا ظهر عليهم قتلوا ولم يستتابوا لانه لا تعرف توبتهم وانهم كانوا يسرون الكفر ويعلنون الاسلام فلا أرى أن يستتاب هؤلاء ولا يقبل منهم قولهم وأما من خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فانه يستتاب فان تاب والا قتل وذلك لو أن قوما كانوا على ذلك رأيت أن يدعوا الى الاسلام ويستتابوا فان تابوا قبل ذلك منهم وان لم يتوبوا قتلوا ولم يعن بذلك فيما نرى والله أعلم من خرج من اليهودية الى النصرانية ولا من النصرانية الى اليهودية ولا من يغير دينه من أهل الأديان كلها الى الاسلام فمن خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فذلك الذي عنى به والله أعلم ﴾ ش قوله عليه السلام من غير دينه فاضربوا عنقه فقد قال مالك ان معناه فيمن خرج عن الاسلام الى غيره على وجه لا يستتاب فيه كالزنادقة وفي كتاب ابن سحنون ان معنى قوله

﴿ القضاء فيمن ارتد عن الاسلام ﴾

* حدثنا يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من غير دينه فاضربوا عنقه ومعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم من غير دينه فاضربوا عنقه انه من خرج من الاسلام الى غيره مثل الزنادقة وأشباههم فان أولئك اذا ظهر عليهم قتلوا ولم يستتابوا لانه لا تعرف توبتهم وانهم كانوا يسرون الكفر ويعلنون الاسلام فلا أرى أن يستتاب هؤلاء ولا يقبل منهم قولهم وأما من خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فانه يستتاب فان تاب والا قتل وذلك لو أن قوما كانوا على ذلك رأيت أن يدعوا الى الاسلام ويستتابوا فان تابوا قبل ذلك منهم وان لم يتوبوا قتلوا ولم يعن بذلك فيما نرى والله أعلم من خرج من اليهودية الى النصرانية ولا من النصرانية الى اليهودية ولا من يغير دينه من أهل الأديان كلها الى الاسلام فمن خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فذلك الذي عنى به والله أعلم

صلى الله عليه وسلم من غير دينه فاقتلوه يعني بعد الاستتابة فان تاب ترك فحمل ذلك على المرتد المظهر لارتداده وذلك أن من انتقل الى غير دين الاسلام لا يخلو أن يسر كفره أو يظهره فان أسره فهو زنديق قال ابن القاسم في العتبية من رواية عيسى من أسر من الكفر دينا خلاف ما بعث الله به محمدا صلى الله عليه وسلم من يهودية أو نصرانية أو مجوسية أو منانية أو غيرها من صنوف الكفر أو عبادة شمس أو قمر أو نجوم ثم اطلع عليه فليقتل ولا تقبل توبته قال ابن المواز ومن أظهر كفره من زندقة أو كفر برسول الله صلى الله عليه وسلم أو غير ذلك ثم تاب قبلت توبته وروى سحنون وابن المواز عن مالك وأصحابه يقتل الزنديق ولا يستتاب اذا ظهر عليه قال سحنون ان تاب لم تقبل توبته وهذا أحد قولي أبي حنيفة وله قول آخر تقبل توبته وبه قال الشافعي والدليل على ما نقوله قوله تعالى فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرنا بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم ايمانهم لما رأوا بأسنا قال جماعة من أهل العلم البأس ههنا السيف ودليلنا من جهة السنة ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من بدل دينه فاقتلوه واحتج مالك لذلك بأن توبته لا تعرف وقال سحنون لما كان الزنديق يقتل على ما أسر لم تقبل توبته لان ما يظهر لا يدل على ما يسر لانه كذلك كان فلا علامة لنا على توبته والمرتد يقتل على ما أظهر فاذا أظهر توبته أبطل بها ما أظهر من الكفر قال وأجمع العلماء على أن من جاهر بالفساد والسفه قبلت توبته وصار الى العدالة ومن شهد بالعدالة وشهد بالزور لم تقبل شهادته وان أظهر الرجوع عما ثبت عليه (مسئلة) واذا أقر الزنديق بكفره قبل أن يظهر عليه فهل تقبل توبته أم لا قال أصبغ في العتبية عسى أن تقبل توبته وحكى القاضي أبو الحسن ذلك (مسئلة) ومن تزندق من أهل الذمة ففي كتاب ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن عبد الحكم وأصبغ لا يقتل لانه خرج من كفر الى كفر وقال ابن الماجشون يقتل لانه دين لا يقر عليه أحد ولا يؤخذ عليه جزية قال ابن حبيب لا أعلم من قاله غيره ويحتمل أن يريد بالزندقة ههنا الخروج الى غير شريعة مثل التعطيل ومذاهب الدهرية ويحتمل أن يريد الاستسرار بما خرج اليه والاظهار لما خرج عنه والأول أظهر (فرع) واذا أسلم اليهودي الذي تزندق فقد روى أبو زيد الأندلسي عن ابن الماجشون انه يقتل كالمسلم يتزندق ثم يتوب

(فصل) وقول مالك وأما من خرج من الاسلام الى غيره فأظهر غير ذلك فانه يستتاب فان تاب والا قتل وبه قال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعثمان بن عفان وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وروى سحنون عن عبد العزيز بن أبي سلمة انه قال لابد أن يقتل وان تاب والدليل على ما نقوله قول الله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ان الله غفور رحيم وقوله تعالى وهو الذي يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيآت ويعلم ما يفعلون ومن جهة المعنى انها معصية لم يتعلق بها حد ولا حق لمخلوق كسائر المعاصي (مسئلة) ولا عقوبة على المرتد اذا تاب رواه في العتبية وفي الموازية أشهب عن مالك والدليل على ذلك قوله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ومن جهة المعنى ان هذا منتقل من كفر الى ايمان فلم يجب عليه عقوبة بما تقدم من الكفر كالنصراني يسلم (مسئلة) ويستتاب ثلاثة أيام فان تاب فيها والا قتل وهو أحد قولي الشافعي وله قول ثان يستتاب في الحال فان تاب والا قتل وقد رواه القاضي أبو الحسن عن مالك وروي عن أبي حنيفة يستتاب ثلاث مرات في ثلاثة أيام أو ثلاث جمع ودليلنا من جهة المعنى ان كل

* وحدثني مالك عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القاري عن أبيه أنه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من قبل أبي موسى الاشعري فسأله عن الناس فأخبره ثم قال له عمر هل كان فيكم من مغربة خبر فقال نعم رجل كفر بعد اسلامه قال فافعلتم به قال قربناه فضربنا عنقه فقال عمر أفلا حبستموه ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله ثم قال عمر اللهم انى لم أحضر ولم آمر ولم أرض اذ بلغنى

من قبلت توبته عرضت عليه كسائر الكفار (مسئلة) وليس فى استتابة المرتد تخويف ولا تعطيش فى قول مالك وقال أصبغ يخوف فى الثلاثة الأيام بالقتل ويذكر الاسلام ويعرض عليه ووجه قول مالك ان هذا اكراه بنوع من العذاب فلم يؤخذ به فى مدة الاستتابة كالضرب وقطع الأعضاء (مسئلة) والعبد فى ذلك بمنزلة الحر والمرأة كالرجل قاله مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لا تقتل المرتدة والدليل على ما نقوله ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من بدل دينه فاقتلوه وهذا عام ومن جهة القياس انه سبب يقتل به الرجل فجاز أن تقتل به المرأة كالقتل (مسئلة) وسواء كان المرتد ممن ولد على الاسلام أو لم يولد عليه قال مالك هم سواء يستتابون كلهم فان تابوا والا قتلوا رواه ابن القاسم عنه فى الموازية وغيرها وجه ذلك انه خارج عن دين الاسلام الى غيره فكان حكمه ما تقدم كالذى بدله وهو على الاسلام (مسئلة) ومن كان اسلامه عن ضيق أو غرم أو خوف ثم ارتد فقد قال مالك وابن القاسم له فى ذلك عذر وقال أشهب لا عذر له وان علم أن ذلك عن ضيق وقال أصبغ قول مالك أحب الى الآن يقيم على الاسلام بعد ذهاب الخوف فهذا يقبل وأنكر ابن حبيب قول ابن القاسم قال سواء كان ذلك عن ضيق أو غيره ويقتل ان رجع قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك وجه الرواية الأولى ان فعل المكره لا حكم له وهذا لما دخل فى الاسلام كرها لم يثبت له حكمه ووجه الرواية الثانية قول الرب تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى غفور رحيم فأمر بقتلهم وان دخلوا الاسلام على ذلك ثبت لهم حكمه (مسئلة) فاذا قلنا لا يقتل على الردة من أسلم عن ضيق خراج أو جزية أو مخافة فقد قال أصبغ يؤمر بالرجوع الى الاسلام ويحبس ويضرب فان رجع والا ترك وجه ذلك أنا لا نعلم قطعا انه لم يرد الاسلام فلذلك ندعوه اليه ونشدد عليه فى مراجعته ولا يبلغ القتل لما ثبت من ظاهر أمره والله أعلم وأحكم ص * مالك عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القارى عن أبيه أنه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من قبل أبى موسى الأشعرى فسأله عن الناس فأخبره ثم قال له عمر هل كان فيكم من مغربة خبر فقال نعم رجل كفر بعد اسلامه قال فافعلتم به قال قربناه فضربنا عنقه فقال عمر أفلا حبستموه ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله ثم قال عمر اللهم انى لم أحضر ولم آمر ولم أرض اذ بلغنى * ش قوله أن رجلا قدم على عمر من قبل أبى موسى فسأله عن الناس فأخبره على حسب ما يلزم الامام من السؤال عمن غاب عنه من رعيته ليعرف أحوالهم ويسأل عن ذلك الوارد والصادر حتى لا يخفى عليه شئ من أحوال الناس لانه اذا خفيت عليه أحوالهم لم يمكنه تلافى ما ضاع منها

(فصل) وقوله ثم قال له هل فيكم من مغربة خبر سأله أولا عن المعهود من أحوال الناس وما يعمهم ثم سأله عما عسى أن يطرأ من الأمور التى تستغرب وليست بمعتادة فأخبره أن رجلا كفر بعد اسلامه وهذا يقتضى انه كان نادرا عندهم مما يستغرب ولا يكاد يسمع به ولذلك حكم فيه أبو موسى بحكم مخالف لما يراه عمر بن الخطاب ولو كان أمرا يكثر ويتكرر لكان عند أبى موسى وغيره من الأمراء ما يعتقده فى ذلك عمر لانه يظهر موافقة أصحابه فيشيع ذلك أو يظهر مخالفة من أخطأ فيشيع ذلك

(فصل) وقوله فما فعلتم به بحث عن حكمهم فيه وتعرف له ليأمر باستدامة الصواب والاقلاع عن الخطأ فقال قدمناه فضربنا عنقه ولم يذكر استتابة ولا غيرها وقد كان يحتمل أن يقتل بعد الاستتابة

وابائه من المراجعة لكن عمر رضي الله عنه فهم منه ترك الاستتابة والمسارعة الى قتله بنفس كفره وقد احتج أصحابنا على وجوب استتابته بقول عمر هذا وأن لا مخالف له وهذا لا يصح الا بأحد وجهين اما أن يحمل فعل أبي موسى على انه قتل بعد الاستتابة ولعل الناقل لم يعلم بها وان ثبت بعد ذلك رجوع أبي موسى وغيره ممن وافقه على خلاف قول عمر رضي الله عنه والا فأبو موسى ومن وافقه على ذلك يمنع انعقاد الاجماع على قول عمر

(فصل) وقوله أفلا حبستموه ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا يحتمل أن يأخذ الثلاث من قول الله تعالى تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب ولان الثلاث قد جعلت أصلا في الشرع في اعتبار معان واختبارها في المصراة وفي استظهار المستحاضة وعهدة الرقيق وغير ذلك من المعاني واطعامه الرغيف كل يوم معناه أن لا يوسع عليه من الانفاق توسعة يكون فيها احسان اليه وانما يعطى ما يبقى به رمقه على وجه لا يستضر به ولا يكون منه تعذيب له وقد روى في المدنية عن ابن القاسم انه قال ليس العمل على قول عمر في أن يطعم المرتد كل يوم رغيفا ولكن يطعم ما يكفيه ويقوته ولا يجوع وانما يطعم من ماله قال ابن مزين يعني في غير توسع ولا تفكه قال مالك في الموازية يقوت من الطعام بما لا يضره والله أعلم وانما أراد ابن القاسم بقوله ليس العمل على قول عمر يطعم كل يوم رغيفا بمعنى أن لا يجعل ذلك حدا ولم يرد عمر أن يجعله حدا وانما أشار الى قلة مؤنته ويسارة وراتبه في ماله ان كان له مال أو بيت مال المسلمين ان لم يكن له مال

(فصل) وقوله واستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله تعالى يريد به الرجوع الى الاسلام لانه الذي أمر الله به وهذا يدل على انه من خرج من كفر الى كفر لا يستتاب ولا يعرض له وقد قال مالك ان معنى قوله صلى الله عليه وسلم من غير دينه فاقتلوه يريد الدين الذي رضيه الله ودعا اليه وأما من خرج من ملة الكفر الى غيره فلم يغير بذلك دينه الذي شرع له قال مالك سواء خرج الى دين مجوس أو كتاب

(فصل) وقوله اللهم اني لم أحضر ولم آمر ولم أرض اذ بلغني تبرؤ من الأمر وتصريح بخطأ فاعله ولا يكون ذلك الا بنص من النبي صلى الله عليه وسلم أو اجماع بعده وقد قال سحنون ان أبا بكر استتاب أهل الردة وقد روى عيسى عن ابن القاسم أن الصديق استتاب أم قرفة اذ ارتدت فقتلها فلعله قد علم بانعقاد الاجماع على ذلك في زمن أبي بكر وفعل أبو موسى غير ذلك فأنكره عليه عمر والا فاذا كان أبو موسى من أهل الاجتهاد وحكم باجتهاده فيما لا نص فيه ولا اجماع لغير ما يراه عمر لم يبلغ عمر من الانكار عليه هذا الحد ولو لم يجز لأبي موسى ذلك لما جاز أن يوليه الحكم حتى يطالعه على قضيته وفي هذا من فساد أحوال الناس وتوقف الأحكام ما لا خفاء فيه والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلا ﴾

ص ﴿ مالك عن سهيل بن أبي صالح السمان عن أبيه عن أبي هريرة أن سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت ان وجدت مع امرأتي رجلا أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ﴾ ش قوله أرأيت ان وجدت مع امرأتي رجلا أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء على سبيل الاستعلام من قبله لان ابن عبادة كان يقول ان وجده لم يقدر على الصبر على ذلك

﴿ القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلا ﴾

* حدثنا يحيي عن مالك عن سهيل بن أبي صالح السمان عن أبيه عن أبي هريرة أن سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت ان وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي بأربعة شهداء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم

ويضربه بسيف غير مصفح فأتى هذا القول على سبيل الحجة ليخبر به عن نفسه من شدة غيرته والاظهار لعذره

(فصل) وقول النبي صلى الله عليه وسلم نعم على معنى المنع له من قتله وانه لا يقتل فى قوله انه وجده مع امرأته والا فله أن يدفعه ويصرفه عن منزله ولا يجب عليه تخليته معها وانما ذلك على وجه المنع له من قتله بما يدعيه من فعله ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن رجلا من أهل الشام يقال له ابن خيبرى وجد مع امرأته رجلا فقتله أو قتلهما فأشكل على معاوية بن أبى سفيان القضاء فيه فكتب الى أبى موسى الاشعرى يسئل له على بن أبى طالب عن ذلك فسأل أبو موسى عن ذلك على بن أبى طالب فقال له على ان هذا الشئ ما هو بأرضى عزمت عليك لتخبرنى فقال له أبو موسى كتب الى معاوية بن أبى سفيان أسئلك عن ذلك فقال على أنا أبو حسن ان لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته * ش قوله ان رجلا من أهل الشام وجد مع امرأته رجلا فقتله أو قتلهما ثم قامت عليه بينة بذلك أو اعترف به فأشكل على معاوية القضاء فى ذلك وكتب الى أبى موسى الاشعرى يسئل له عن ذلك على بن أبى طالب وهذا يدل على فضله وتوقفه فيما لا يعلمه وسؤاله عن ذلك من يثق بعلمه ويتسبب اليه بكل ما يمكنه وان كان المسؤل منابذا له

(فصل) وقول على رضى الله عنه ان هذا الشئ ما هو بأرضى يريد انه لو كان لبلغه خبره وتقدم الاستعداء على ذلك على من فعله لاسيما وهو مما لم يتقدم فيه حكم شهير فيتعلق به من أراد الحكم فيه ثم قال لأبى موسى عزمت عليك لتخبرنى على معنى تبيين القصة والبحث عنها بأكثر مما يمكن وربما احتاج ان كان من أهل عمله الى أن يشخص الخصوم فى ذلك ليبالغ فى تتميم القضية

(فصل) وقوله أنا أبو حسن مما تستعمله العرب عند اصابة ظنه كما أصاب ظنه بان ذلك لم يكن بأرضه وروى ذلك ابن مزين عن عيسى ثم قال ان لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته يريد والله أعلم ان لم يأت بأربعة شهداء يشهدون على الزنى بين المقتولين أعطى برمته يريد سلم الى أولياء المقتولين يقتصون منه ان شاؤا (مسئلة) ولو قطع رجله أو جرحه فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن قاتله فكسر رجله أو جرحه ان ذلك جبار وان قتله فانه يقتل به الا أن يأتى بأربعة شهداء يشهدون على الزنى بينهما وجه ذلك ان وجوده فى داره أوجب له أن يسلط عليه بالضرب والاذى والابعاد فان قاتله ومنعه من خروجه كان له مدافعته عن ذلك بما يؤدى الى الجراح وما أشبهها وأما القتل فلا يستباح الا ببينة لما ورد الشرع به من حقن الدماء (مسئلة) وفى العتبية والموازية عن ابن القاسم قول على عندى ذلك فى الثيب والبكر لانه اذا جاء بأربعة شهداء انه وطئها لم يقتص منه لو احد منهما قال وهو عندى معنى قول على انه لا يقتل بقتل الثيب ولا البكر اذا قامت بينة بما زعم وذلك أن من حل به مثل هذا يخرج عن عقله ولا يكاد يملك نفسه والجانى أحق من حمل عليه (فرع) فاذا قلنا انه لا يقتل بها وان كانا بكرين فقد قال ابن القاسم فى المدنية عليه الدية فى البكر وقاله ابن كنانة وقال ابن عبد الحكم لا شئ عليه وان كان بكرا اذا كان قد كثر التشكى منه قاله ابن مزين وقال غير ابن القاسم دمه هدر فى البكر والثيب وقد أهدر عمر بن الخطاب غير دم فى شبه هذا من التعدى وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون يؤدب من قتل من وجب عليه القتل دون الامام وهذا فى الثيب ويقتل فى البكر وجه قول ابن القاسم ان من قتل من لا يجب عليه القتل فاذا لم يجب القصاص للشبهة لزمت الدية وجه قول من أهدر دمه انه عمد

* حدثنى مالك عن يحيى ابن سعيد عن سعيد بن المسيب أن رجلا من أهل الشام يقال له ابن خيبرى وجد مع امرأته رجلا فقتله أو قتلهما فاشكل على معاوية بن أبى سفيان القضاء فيه فكتب الى أبى موسى الاشعرى يسأل له على بن أبى طالب عن ذلك فسأل أبو موسى عن ذلك على بن أبى طالب فقال له على ان هذا الشئ ما هو بأرضى عزمت عليك لتخبرنى فقال له أبو موسى كتب الى معاوية ابن أبى سفيان أسألك عن ذلك فقال على أنا أبو حسن ان لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته

لايجب به القصاص فلم تجب به الدية وأصل ذلك من قتله قصاصا ووجه قول ابن الماجشون
ان الثيب قد وجب عليها القتل بالزنى والاحصان فليس على قاتله قتل وانما على قاتله فى ذلك
العقوبة لافتياته فى ذلك دون الامام وأما البكر فليس عليه القتل بالزنى فمن قتله
قتل به (فرع) فاذا قلنا تجب عليه الدية فقد قال ابن القاسم والمغيرة وابن
كنانة دية الخطأ ووجه ذلك ان القاتل لما فجأه من الغضب الذى سببه
من الزانى يصير فى حكم المغلوب الذى لاعقل له فكانت جنايته
خطأ وحكى ابن مزين عن أصبغ ان الدية فى مال
القاتل ووجه ذلك انه خطأ غير متيقن ليست
شبهته بالقوية فأشبه اقرار القاتل بالخطأ
انه فى ماله والله أعلم وأحكم وهو
حسبنا ونعم الوكيل ولا
حول ولا قوة الا
بالله العلى
العظيم

﴿تم الجزء الخامس من المنتقى للامام الباجى * ويليه الجزء السادس منه وأوله القضاء فى المنبوذ﴾

﴿ فهرست الجزء الخامس من شرح المنتقى للباجى رحمه الله ﴾

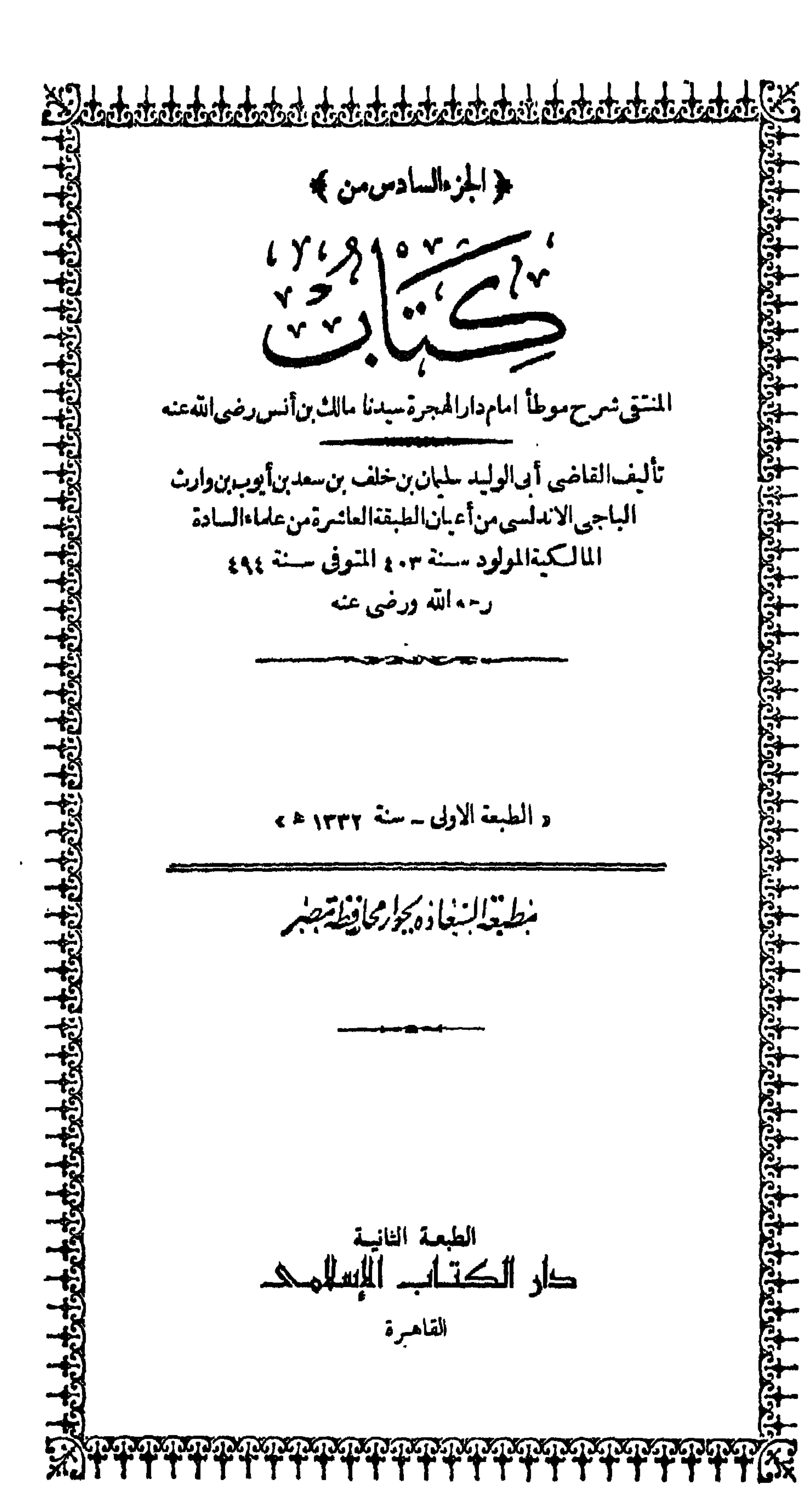
صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت الفهرست ﴾



﴿ الجزء السادس من ﴾

كتاب

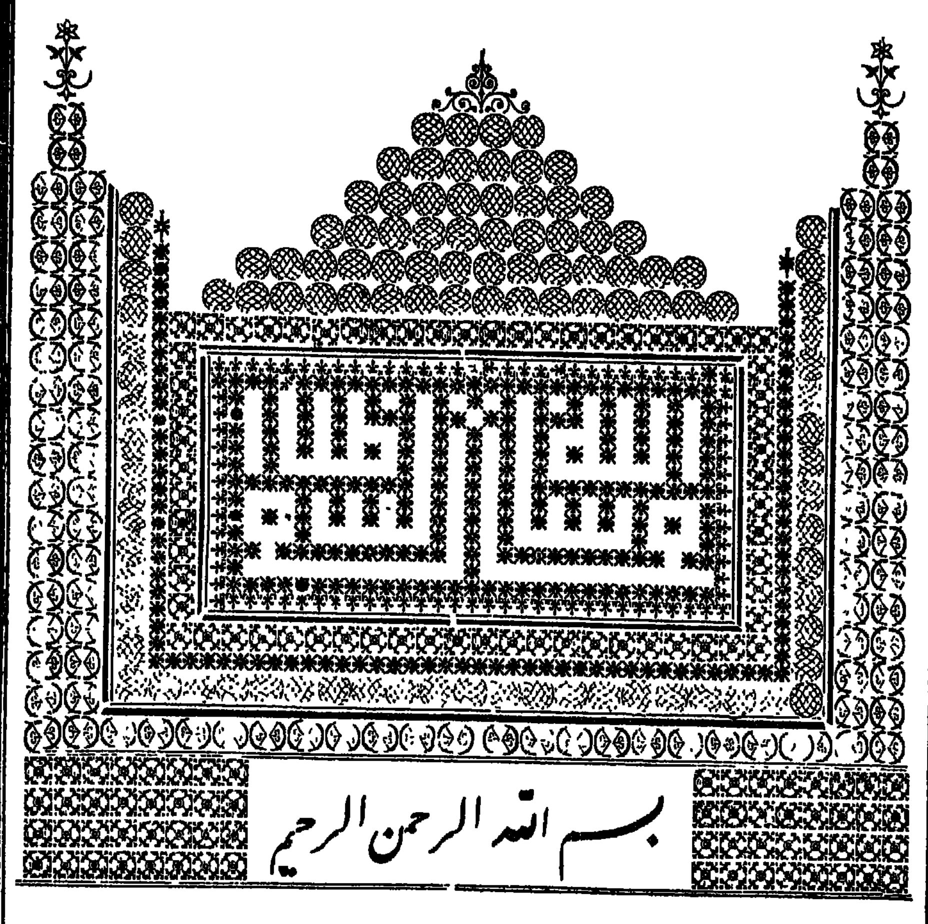
المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث
الباجي الاندلسي من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة
المالكية المولود سنة ٤٠٣ المتوفى سنة ٤٩٤
رحمه الله ورضي عنه

« الطبعة الاولى ـ سنة ١٣٣٢ هـ »

مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر

الطبعة الثانية
دار الكتاب الإسلامي
القاهرة



﴿ القضاء فى المنبوذ ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سنين أبى جميلة رجل من بنى سليم أنه وجد منبوذا فى زمان عمر ابن الخطاب قال فجئت به الى عمر بن الخطاب فقال ماحملك على أخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فأخذتها فقال له عريفه يا أمير المؤمنين انه رجل صالح فقال له عمر أكذلك قال نعم فقال عمر ابن الخطاب اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته ﴾ ش قوله منبوذا فجئت به عمر المنبوذ هو المطروح ويحتمل أن يجىء به الى عمر ليعلمه حاله وينفق عليه من بيت مال المسلمين ويحتمل أن يجىء به ليستفتيه فى أمره وليسأله الحكم له بولائه أو غير ذلك

(فصل) وقول عمر رضى الله عنه ماحملك على أخذ هذه النسمة روى أشهب عن مالك انه قال اتهمه ان يكون ولده أتى به لكى يفرض له من بيت المال * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ويحتمل عندى أن يكون سأله عن سبب أخذه له وخاف عليه ان يكون حمله على ذلك الحرص على أن يفرض له من بيت المال ويلى هو أمره ويحتمل أن يخاف التسرع الى أخذ الاطفال من غير ان ينبذوا حرصا على أخذ النفقة لهم ورغبة فى موالاتهم ويحتمل أن يكون سأله لئلا يلتقطه من عياله وقد روى ابن القاسم عن مالك اذا ادعى اللقيط ملتقطه فلا قول له الا ببينة وقال أشهب يقبل قول من ادعاه ملتقطه أو غيره الا ان يتبين كذبه وجه رواية ابن القاسم انه ليست هناك شبهة تصدق دعواه وليس له أن يعلق به نسب لاشبهة له فيه ووجه قول أشهب ان له فيه شبهة الالتقاط

﴿ القضاء فى المنبوذ ﴾ * قال يحيى قال مالك عن ابن شهاب عن سنين أبى جميلة رجل من بنى سليم انه وجد منبوذا فى زمان عمر بن الخطاب قال فجئت به الى عمر بن الخطاب فقال ماحملك على أخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فأخذتها فقال له عريفه ياأمير المؤمنين انه رجل صالح فقال له عمر أكذلك قال نعم فقال عمر بن الخطاب اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته

وليس له نسب ثابت بغيره كالوملك أمه

(فصل) وقول سنين وجدتها ضائعة فأخذتها يريد انه أخذه لهذا الوجه لا لغيره من الوجوه التي يحتمل أخذه له وان كان بعضها مكروها وبعضها مباحا وانه انما أخذه لأنه وجده في موضع يضيع فيه ان ترك فأخذه لذلك ومن وجد بهذه الصفة لزمه أخذه لأنه لا يحل تركه للهلاك وأخذه على وجهين أحدهما أن يأخذه ملتقطا لتربيته فقد قال أشهب ليس له رده وأما ان أخذه ليرفعه الى السلطان فلم يقبله منه السلطان فلا ضيق عليه في رده الى موضع أخذه ومعنى ذلك عندي أن يكون موضعا لا يخاف عليه فيه الهلاك لكثرة الناس فيه ويوقن انه سيسارع الناس الى أخذه

(فصل) وقوله عريفه العرفاء رؤساء الاجناد وقوادهم ولعلهم سموا بذلك لأنهم بهم يتعرف أحوال الجيش وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين لما رأى أن يرد السبي الى هوازن فأذن له في ذلك الناس فقال انا لا ندري من أذن في ذلك منكم ممن لم يأذن فارجعوا حتى يرفع الينا عرفاؤكم وقال علي ان عمر دوّن الدواوين وجعل فيها أرباعا وجعل عليهم عرفاء وقال يحيى بن مزين الارباع في جند الشام والاسباع في جند الكوفة والاخماس في جند البصرة قال عيسى فكان الذي وجد المنبوذ من عرافة هذا الرجل الجالس عند عمر فقال لعمر انه رجل صالح على معنى ان يصدقه عمر في قوله ولا يرتاب به أو على معنى التبرئة له مما عسى أن يتوقع عمر من جهته أن يظن الامر على غير ما يرضيه من أن يأخذه للوجوه التي ظنها أن يكون انما التقطه ليفرض له نفقته في بيت المال ويبقى عنده فيرا ه عريفه من ذلك بما أخبر به عنه مما علمه منه من الصلاح والدين وليس هذا من باب التزكية التي يثبت بها قبول الشهادة وليس كل رجل صالح تقبل شهادته وتثبت عدالته وانما ينتفي بهذا عنه ما ينافي الصلاح مما خاف عمر أن يكون التقط المنبوذ له والله أعلم

(فصل) وقول عمر أكذلك على وجه التحقيق والاستثبات وقوله هو حر على وجه الاخبار له بحكمه وان اللقيط حر وفي كتاب ابن المواز ان اللقيط حر وان التقطه عبد أو نصراني ووجه ذلك انه لا يتيقن فيه سبب من أسباب الاسترقاق (مسئلة) واللقيط على الاسلام وذلك انه لا يخلو أن يلتقط في بلاد الاسلام أو في بلاد الشرك أو في بلاد فيها الصنفان فان التقط في بلاد الاسلام فهو مسلم وان التقطه نصراني لأن الظاهر أنه من المسلمين بحكم الدار وان كان ببلد الشرك فقد قال ابن القاسم هو مشرك وقال أشهب هو مسلم ان التقطه مسلم ووجه قول ابن القاسم ان الظاهر ان حكمه حكم الدار والدار للشرك فكان الظاهر ان من كان فيها حكمه حكمهم في الدين كما ان الظاهر حكمه حكمهم في النسب والحرب ووجه قول أشهب ان للدار تأثيرا وللملتقط في ذلك تأثير فوجب أن يغلب حكم الاسلام وكذلك لو التقطه في كنيسة لحكم له بحكم الاسلام كما يحكم له بحكم الحرية (مسئلة) فان التقط بقرية من قرى الذمة ليس فيها مسلم الا اثنان أو ثلاثة فقد قال ابن القاسم ان التقطه مسلم فهو مسلم وان التقطه نصراني فهو نصراني وقال أشهب هو مسلم على كل حال وجه قول ابن القاسم ان حكم الكفر والاسلام قد استوى في ذلك لأن أصل الدار للاسلام وغالب من فيها الكفر فغلب حكم الملتقط ووجه قول أشهب ان الدار دار الاسلام ولذلك لا يسترق وانما يسكنها أهل الذمة بالجزية

(فصل) وقوله ولك ولاؤه يريد تخصيصه بذلك وذلك يقتضي كونه على دينه قال ابن المواز قال مالك ولو أعلم ان عمر قال في المنبوذ ما ذكر ما خولف يريد والله أعلم أن يجعل الولاء للملتقطه والحديث صحيح لا شك فيه لأنه يرويه عن ابن شهاب عن سنين أبي جميلة وهو من الصحابة ولكنه

لفظ يحتمل التأويل فيكون معنى قول مالك ذلك ان لو علم ان عمر أراد ماينا ولونه عليه لم أخالفه لتقارب الادلة فى ذلك وترجحها ولوان مالكا قد تأول قول عمر لك ولاؤه أى قد جعلت لك أن تتولى تربيته والقيام بأمره وأنت أحق به من غيرك وذلك ان من التقط لقيطا فهو أحق به من غيره فان نزعه منه غيره فقد قال ابن القاسم ان كان ملتقطه قويا على مؤنته وامساكه رد اليه قال أشهب ان كانا سواء أومتقاربين فالاول أولى فان خيف أن يضيع عند الاول فالثانى أولى به الا ان يطول مكثه عند الاول وليس اللقيط فى ضرر فالاول أحق به وهذا ان كانا مسلمين فان كان ملتقطه نصرانيا فقد قال أصبغ ينزع منه لئلا ينصره أو يدرس أمره فيسترقه وهذه ولاية الاسلام لا ولاية العتق لأن اللقيط مجهول النسب فولاؤه لجماعة المسلمين والى هذا ذهب مالك وأكثر أهل الحجاز وبه قال الشافعى وروى عن على بن أبى طالب انه قال اللقيط حر وله أن يوالى من أحب الذى التقطه أوغيره وبه قال ابن شهاب وعطاء وجماعة من أهل المدينة وقال النخعى ميراث اللقيط بمنزلة اللقطة وبه قال أكثر الكوفيين وقال أبو حنيفة ميراثه لمن التقطه الا ان له أن ينتقل عنه حيث شاء مالم يعقل عنه من والاه فان عقل عنه لم يكن له أن ينتقل عنه بولائه

(فصل) وقوله وعلينا نفقته يريد مؤنته فى بيت مال المسلمين ان أمكن ذلك لانه من فقرائهم مع عجزه عن التكسب وخوف الضياع عليه وان تعذر الانفاق عليه من بيت مال المسلمين فقد قال مالك فى الموازية من التقط لقيطا فعليه نفقته حتى يبلغ ويستغنى وليس له أن يطرده ووجه ذلك انه اذا أخذه ملتقطا له فقد لزمه أمره وحفظه (مسئلة) ولا رجوع له عليه بما أنفق عليه وان استأذن فى ذلك الامام قاله القاضى أبو محمد قال وكذلك لو كان له مال لا يعلم به ووجه ذلك انه من فقراء المسلمين فليس له أن يشغل ذمته بدين الانفاق عليه كسائر الفقراء (فرع) فان استلحقه أحد فقال ابن القاسم ان استلحقه ببينة أوغيرها رجع عليه بما أنفق ان كان تعمد طرحه وهو ملىء وان لم يطرحه فلا شئ على الاب وقال أشهب لا شئ على الاب بكل حال لأن هذا أنفق على وجه التطوع ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا فى المنبوذ انه حر وان ولاءه للمسلمين هم يرثونه ويعقلون عنه ﴾ ش وهذا على حسب ماقال ان المنبوذ وهو المطروح من قولهم نبذت الشئ اذا طرحته قال الله تعالى فنبذناه بالعراء وهو سقيم الا انه فى عرف اللغة مستعمل فيمن طرح من الاطفال على وجه الاستسرار به فيلتقطه من يخاف عليه الضيعة فقال مالك انه حر ووجه ذلك انه عرا من أسباب الاسترقاق فهو لاحق بالاحرار وكذلك كل من وجدناه من الكبار الذين لا يعقلون انما نحملهم على الحرية لعدم معانى الاسترقاق

(فصل) وقوله ولاؤه للمسلمين يريد ان ولاءه لجماعة المسلمين كسائر من لا يعرف نسبه من المسلمين وقد تقدم القول فى ذلك بما يغنى عن اعادته وقوله وهم يرثونه ويعقلون عنه على معنى تفسير المولى الذى أثبته فى حكم المنبوذ والله أعلم

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى المنبوذ انه حر وان ولاءه للمسلمين هم يرثونه ويعقلون عنه

﴿ القضاء بالحاق الولد بأبيه ﴾

* قال يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة ابن الزبير عن عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم انها قالت كان عتبة بن أبى وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبى وقاص ان ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك قالت فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن

﴿ القضاء بالحاق الولد بأبيه ﴾

ص ﴿ قال يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان عتبة بن أبى وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبى وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك قالت فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن

زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يارسول الله ابن أخي قد كان عهد الي فيه وقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص قالت فما رآها حتى لقي الله * ش قولها أن عتبة بن أبي وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه اليك على حسب ما كان يفعله أهل الجاهلية فقد روي أن النكاح كان عندهم على أربعة أضرب أحدها الاستبضاع وهو أن يكون الرجل يعجبه نجابة الرجل ونبله وتقدمه فيأمر من تكون له من حرة أو أمة أن تبيح نفسها له فاذا حملت منه رجع هو الى وطئها حرصا على نجابة الولد والثاني أن تكون المرأة لا زوج لها يغشاها الجماعة من الرجال منفردين أو مجتمعين فاذا استمر بها حمل دعتهم وقالت لأحدهم هذا منك فيلزمه ذلك ويلحق به ولا يمكنه الامتناع منه والثالث البغايا كن يجعلن الرايات على مواضعهن فمن رأى تلك الراية علم انه موضع بغي فيتكرر عليها بذلك من شاء الله من الناس حتى اذا استمر بها حملها قالت لبعضهم هو منك فيلحق به والرابع النكاح الصحيح فأبطل الاسلام الثلاثة الأنواع المتقدمة وأثبت النكاح فلعل ما قال عتبة بن أبي وقاص ابن وليدة زمعة مني انما أراد استلحاقه من أحد تلك الأنواع الثلاثة التي أبطلها الاسلام فلما أراد عتبة استلحاقه على هذا الوجه ولم يقم له بينة من اقرارها لم يلحق به وأما من استلحق ولدا فلا يخلو أن لا يكون عرف له ملك أمة ولا نكاحها أو قد تقدم له ذلك فيها فان لم يعرف له ملك أمة بنكاح ولا بملك يمين فقد اختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يلحق ذلك به ما لم يتبين كذبه وان لم يكن له نسب معروف وبه قال مالك وقال ابن القاسم أيضا لا يلحق به حتى يتقدم له على أمه نكاح أو ملك يجوز أن يكون منه ولا يمنعه من ذلك نسب معروف وبه قال سحنون وجه القول الأول أن الأسباب موضوعة على الاستلحاق وأكثرها لا يثبت الا باقرار الأب بالوطء أو بأنه ولده فاذا لم يكن ثم نسب مانع لحق بمن استلحقه ووجه القول الثاني ان النسب انما يؤثر فيه الاستلحاق اذا كان ثم نسب معروف من ملك يمين أو نكاح فاذا لم يكن ثم سبب يقوي الدعوى وجب أن تبطل لانه لو ثبت بمجرد الدعاوي لكثر تعرض الدعاوي في ذلك وفسدت الأنساب (مسئلة) وأما ان ملك أمهم قبل ذلك فان ادعاهم مع بقائهم في ملكه فلا خلاف في المذهب انهم يلحقون به وفي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم فيمن بيده أمة لها ولد وعليه دين محيط بماله فاستلحق الولد لحق به وتكون الأمة بذلك أم ولده ووجه ذلك ان سبب النسب موجود مع عدم مستلحقه فيصح استلحاقه كما لو لم يكن عليه دين ولم يمنع الدين الاستلحاق لان الاستلحاق معنى يثبت به النسب مع عدم الدين فوجب أن يثبت به النسب مع الدين كالاقرار بالوطء قبل الولادة ثم ظهور الحمل (مسئلة) وأما ان كان قد باعه مع أمه ثم ادعى وهو معدم انه ابنه منها فقد اختلف في ذلك قول مالك روى عنه أشهب انه يصدق فيه وفيها ويردا اليه ويتبع بالثمن دينا وبه قال أشهب وابن عبد الحكم وروى عنه أشهب أيضا انه يصدق في الولد ولا يصدق في أمه ويرد اليه الولد بحصته من الثمن وبه قال ابن القاسم وجه القول الأول ان هذه حالة تصدق في الولد فانه يصدق في أمه كحالة اليسر ووجه القول الثاني ان عدمه بالثمن تهمة في ارادته استرجاع الأمة دون ثمن واستلحاقه الولد لا يقتضي ارتجاعه الأم ألا ترى ان ولد الملاعنة يستلحقه الملاعن ولا يقتضي ذلك ارتجاع أمه لان استلحاق الولد عرا من التهمة

زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يارسول الله ابن أخي قد كان عهد الي فيه وقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص قالت فما رآها حتى لقي الله

لما جبل عليه الناس من نفي ما يشك فيه من النسب فكيف بما يتيقن انتفاؤه والله أعلم وأحكم
(مسئلة) فان كان مليا وقد باعها ثم ادعاه فانهما يردان اليه الآن يتهم فيها بصبابة اليها فيصدق في الولد ولا يصدق فيها حتى يسلم من العدم والصبابة بها قال أصبغ لا يتهم في غناه سواء باعها بالولد أو ولدت عند المبتاع لما يولد لمثله وجه قول ابن القاسم أن كلفه بها تهمة يمنعه ردها فمنع من ذلك وصح استلحاقه للولد لانه مقر له لحق النسب مع تعريه من التهمة ووجه قول أصبغ انه اذا صح استلحاقه للولد لسبب ملك اليمين يضمن ذلك كون الأم أم ولد له ولا تهمة مع الغنى لانه يرد عوضها ولو قيل في هذا يرد الأكثر من الثمن أو القيمة يوم الاستلحاق لما بعد والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا ما لم يعتقهما المبتاع فان أعتقهما ثم استلحق الولد البائع فقد قال ابن القاسم لا يصدق البائع فيهما ثم رجع فقال يقبل قوله في الولد وحده ويثبت نسبه وجه القول الأول ان الولاء نسب ثابت فلا يرد بالاستلحاق كما لا يرد نسب ثابت ووجه القول الثاني ان النسب أقوى من الولاء لان الولاء مشبه به فالنسب يبطل الولاء ولو كانت الأمة انما يثبت لها الولاء في الوجهين لم يبطل الثاني الأول وكان الأول أولى (مسئلة) فاذا قلنا لا يقبل قوله في الأمة فان عتقها يثبت للمبتاع ويرجع باليمين على البائع ووجه ذلك انه مقر لها بثمنها فكان عليه أداؤه ولا يقبلان على نقل الولاء لانه لا يجوز ذلك فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وهبته (مسئلة) وهذا كله ما لم يدعه المشتري ولدا فان ادعاه فقد قال ابن القاسم المشتري أحق به ووجه ذلك ان اليد له وقد ضعفت دعوى البائع بتكذيب نفسه ببيعه اياه فانما يقبل قوله ما لم يدعه من هو أقوى دعوى منه ممن لم يتقدم منه تكذيب دعواه

(فصل) وعتبة بن أبي وقاص انما ادعى هذا الولد من جهة زنا في الجاهلية ومثل هذا كان يلحق به لو ادعاه بعد ما أسلم في الاسلام ما لم يكن هناك سبب هو أولى من دعواه رواه عيسى عن ابن القاسم وفي مسئلة ولد زمعة قد كان هناك ما هو أقوى من الزنا وهو ادعاء الفراش له فان أمة زمعة ادعى ابن زمعة لها الفراش ومعناه وطء أبيه لها لان الأمة تصير عندنا فراشا بالوطء أو بالاقرار به ومعنى ذلك ان من أقر بوطء أمته ثم ولدت ولدا ألحق به وان لم يقر به ومات قبل وضعه ويحتمل أن يكون ما ادعاه عتبة لم يثبت عنه وانما كان في ذلك بمجرد دعوى سعد أخيه له ولا يصح استلحاق العم ابن أخ

(فصل) وقوله فتساوقا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد ان كل واحد منهما ساق صاحبه لمنازعته له فيما ادعاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليحكم بينهما في دعواهما فأدلى سعد بحجته فقال ابن أخي قد كان عهد الي فيه ولم يدع بينة على ذلك وانما ادعى انه عهد اليه فيه ولم يمنعه من ذلك عبد بن زمعة لانه لا طريق له الى معرفة ذلك بل الظاهر صدق سعد ولكنه انما أدلى بحجته أيضا فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فادعاه أخا ولم يدع بينة على استلحاق أبيه له وانما احتج بمجرد دعواه كما احتج بمجرد دعواه فلما استوعب النبي صلى الله عليه وسلم حجة كل واحد منهما حكم بينهما بالحق فقال هو لك يا عبد بن زمعة ولا يقتضي ذلك انه ألحقه بأبيه زمعة لانه لم يضفه اليه ولا قال هو ابن زمعة وانما أضافه الى عبد بن زمعة لانه ابن أمة أبيه ولو لم يدعه أخا لقضى له به عبدا ولكنه قد أقر بحريته واخوته فقيل له أنت أعلم بما تدعيه فيما يخصك ولا يصلح استلحاق الرجل أخا قال أشهب في كتاب ابن سحنون ومن استلحق أخا في بلاد الاسلام لم يوارثه ولا يستلحق الأخ وفي المدنية من رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فيمن شهد ان أباه كان مقرا بوطء جارية فهلك عنها أبوه وهي حامل قال

لايقبل شهادته وحده ولا يرث معه فى حظه وانما هو عبد للورثة ولو شهد ان أباه كان أقر بولد من امرأة حرة ورث معه فى حظه خاصة مالم يكن سفيها مولى عليه قال عيسى وقاله ابن القاسم ومعنى ذلك أنه أقر بحمل جارية فالولد عبد لجميع الورثة فلا يرث شيأ من حظه ولا حظ غيره واذا أقر انه من حرة فهو حر فلذلك كان له حق فى حظه وعبد بن زمعة انفرد بميراث أبيه لانهما كانا كافرين وسودة أخته مسلمة فلم يرثه ولم يذكر فى الحديث ان النبى صلى الله عليه وسلم ورثه وانما أضافه الى عبد اذ قد أقر بانه أخوه وهو المنفرد بميراث أبيه فلا يحل له بيعه ولا يثبت بذلك نسبه لان النسب انما يلحق الأب فلا يلزمه ذلك بقول عبد الاعلى وجه الشهادة عليه فيلزمه ذلك اذا كملت الشهادة والله أعلم وظاهر قوله هو لك يا عبد بن زمعة انه ملكك لكنك قد أقررت له بالحرية فأنت أعلم بقولك فى ذلك فيما يخصك وذلك لو أقر رجل بشئ فى يده لصح أن يقال له انه لك بمعنى انه قد كان لك منعه فاذا أقررت به لغيرك فأنت وذاك وقال الطحاوى معنى قوله هو لك انه بيدك لا أنك تملكه ولكن يمنع منه غيرك وقال الطبرى هو لك عبد وهذا أيضا غير صحيح ان كان يريد به بعد الاقرار وان كان أراد به قبل الاقرار فهو على ما قدمناه وقال الشافعى معناه هو لك أخ وانه صلى الله عليه وسلم حكم به لزمعة وسيأتى ذكره بعد ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما الجد فهل يصح استلحاقه فى كتاب ابن سحنون عن مالك لا يصح ذلك الا من الأب قال سحنون وما علمت بين الناس فى ذلك اختلافا وقال أشهب يستلحق الأب والجد ووجه قول مالك وابن القاسم ما قدمناه ولان كل ما لا يصح استلحاقه فى حياة الأب لا يصح استلحاقه بعد موته كالأخ ووجه قول أشهب أن النسب يلحق به فجاز استلحاقه له كالأب فالجد مختلف فى استلحاقه والأب متفق على صحة استلحاقه وسائر الأقارب متفق على نفى استلحاقهم فلا يستلحق عم ولا ابن عم ولا أحد من القرابة غير من ذكرنا قاله مالك وابن القاسم وجماعة العلماء (مسئلة) فاذا ثبت انه لا يستلحق الا الأب فمن أقر ان فلانا أخوه أو عمه أو ابن عمه أو مولاه فانه يشاركه فى ميراث من قد توفى ممن يوجب لهما ذلك الاقرار ميراثه وذلك مثل أن يموت رجل ويترك ولدا فيقر ذلك الولد بآخر فانه يرث معه أباه فيأخذ نصف ما ترك من المال ولكن لا يثبت نسبه بذلك ولو ترك الميت ولدين فأقر أحدهما بثالث فانه يدفع اليه ما كان يستحقه مما بيده لو ثبت نسبه ولا يدفع الآخر اليه شيأ الا أن يكون المقر له عدلا فيحلف مع شهادته ويأخذ مما بيد الآخر حصته أيضا ولكن لا يثبت بذلك نسبه من الميت ولو أقر اله جميعا بانه أخ لهما وهما من أهل العدل لثبت نسبه بشهادتهما وهذا كله قول مالك وجمهور أصحابه ووجه ذلك انه من أقر له بالاخوة فهو مقر له بمال فى يده فيقضى عليه باقراره على نفسه ويقال له أنت أعلم بذلك ولا يقضى على الميت بالحاق نسبه به لانه لا لحق به الا بشهادة كاملة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من قال فلان أخى أو عمى أو ابن عمى أو وارثى فلا يخلو أن يكون ثم نسب معروف يخالف ما أقر به فما ثبت بالبينة أولى من دعواه وان لم يكن ثم نسب فمات المقر فالذى عليه مالك وجمهور أصحابه انه ان لم يكن للمقر وارث مستحق لذلك فان المقر له يرثه من باب الاقرار ولا يثبت نسبه بذلك وقاله أصبغ وسحنون ثم قال لا ميراث له لان المسلمين يرثونه ووجه القول الأول قول النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا الحديث هو لك يا عبد بن زمعة وهذا يقتضى اضافته اليه على ما ادعاه وقد قلنا ان نسبه لا يثبت بذلك فلم يبق أن يضيفه على شئ مما ادعاه الا ان يثبت بينهما بذلك توارث على وجه ما وهو ما فضل عن ميراث من يثبت نسبه ووجه القول الثانى لسحنون ما احتج به ابنه وذلك انه قال انما اختلف أصحابنا وأهل

العراق في مثل هذا الاختلاف فهم في أصل المسئلة لانهم قالوا ان من لم يكن له وارث معروف جاز له أن يوصي بجميع ماله لمن أحب فلذلك جوّزوا اقراره لمن ذكرنا من القرابة وأصحابنا لا يجيزون له ذلك وانما يجيزون له الثلث فقط وهذا الذي قاله ابن سحنون غير بين لان الاقرار بالوارث ليس طريقه طريق الوصية وانما طريقه طريق الاقرار بالوارث وليس طريقه بالمال على وجه ما فيصح اقراره بجميع ماله مالم يكن يمنع من ذلك الوجه مانع وهو أقوى منه كما لو أقر لرجل في مرضه بدين يستغرق جميع ماله ثم يموت فان ذلك يستحق جميع ماله بدينه ذلك ولو ثبت عليه دين يستغرق جميع ماله لأخذ جميع ماله و بطل اقراره لمن أقر له في مرضه ومما يدل على أن هذا ليس طريقه طريق الوصية أنه لا اختلاف بين أصحابنا انه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث وهم كلهم غير ابن سحنون وأشهب يجعلون المال للمقر له بالنسب ومما يبين ذلك أيضا ان سحنون وسائر أصحابنا يقولون من أقر بعد موت أبيه بأخ قاسمه مال أبيه ولا يثبت له بذلك نسب ولو كان هذا على وجه الوصية لما أخذ شيأ منه الا بعد موت المقر على وجه الوصية والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر الفراش عند أصحابنا هي الأمة لانها تصير فراشا باقرار السيد بالوطء ومعنى ذلك ان الولد لصاحب الفراش * قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندي أن يكون المراد بالفراش ما يفترش وذلك ان الوطء غالبا انما يكون على شيء يفترش فيكون معناه والله أعلم ان السيد اذا وطئ أمته فقد اتخذها فراشا وان الولد منسوب الى صاحب الفراش وهو سيد الأمة التي جعلها فراشا وهو أحق به من غيره وقال أصحاب أبي حنيفة معنى الفراش الزوج وما قالوه غير معروف في اللغة وقد بينت ذلك في كتاب السراج ومعنى ذلك ان السيد اذا أقر بوطء أمة فأتت بولد لمثل ما يولد منه بعد وقت الاقرار لحق به الولد و به قال الشافعي ومنع من ذلك أبو حنيفة وقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش عام في الحرة والأمة فيحمل على عمومه الا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس ان هذه حرمة تثبت بعقد النكاح فثبتت بالوطء في ملك اليمين أصل ذلك حرمة المصاهرة

(فصل) وأما قوله صلى الله عليه وسلم وللعاهر الحجر فمعناه اذا ادعى ولد صاحب الفراش من أمة أو حرة وأما ان لم يدعه ففي المدنية ان محمد بن عيسى سأل ابن كنانة عن قوم أسلموا بجماعتهم وتحملوا الى دار الاسلام فادعى بعضهم ولد زنية أيلحق به قال نعم من حرة كان الولد أو من أمة الا أن يدعيه معه سيد الأمة أو زوج الحرة فيكون أولى به لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الولد للفراش وللعاهر الحجر وقاله ابن القاسم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وللعاهر الحجر العاهر هو الزاني وقال عيسى سئل سفيان بن عيينة عن ذلك فقال كان العهر في أهل الجاهلية ظاهرا وهو الزنا وكان أهل الجاهلية يقولون الزنا ما ظهر منه فهو آثم وما كان خفيا أو متخذة خدنا فلا بأس به فأنزل الله تبارك وتعالى قل انما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن وأنزل ولا متخذات اخدان فلما جاء الاسلام كان من عهر بأمة يملكها غيره أو حرة تزوجها غيره فالذي ولد على فراشه أحق به وقضى صلى الله عليه وسلم بالحجر للعاهر على معنى والله أعلم يستحق بفعله الرجم لا الولد وان كان لا يرجم زاني المشركين لكنه صلى الله عليه وسلم لم يخرج قوله ذلك على معنى الاختصاص باحكام المشركين بل على سبيل العموم فلما قصد أن يثبت الزنا والعهارة أخبر عنه باشد أحكامه في الدنيا لان منهم من حكمه جلد مائة أو جلد خمسين وعلى حسب

ماتتنوع اليه الأحكام فى ذلك ويحتمل أن يريد بقوله وللعاهر الحجر أنه لاشئ له من الولد ولا يحصل له من ذلك الزنا غير طرده بالحجارة

(فصل) وقوله ثم قال لسودة احتجبي منه معنى ذلك والله أعلم انه لم يثبت نسبه وانما أقر له عبد بالاخوة ولم يكن بذلك أخا لسودة ولا يثبت بذلك نسب ولا توارث ولا حكم من أحكام الاخوة فيكون بذلك من ذوى محارمها ولذلك لو توفى رجل وترك ابنا وبنتا فاقر الابن بأخ من أبيه لأخذ من تركة الأب مايستحقه من حصة الابن المقر ولم يأخذ مما بيد الأخت شيأ ولا كان لها بذلك أخا ولا ذا محرم فلا يحل له أن يدخل عليها لانه أجنبي منها حين لم يثبت نسبه من أبيها فعلى هذا جرى حكم سودة مع الذى ادعاه أخوها والله أعلم وقال الكوفيون فى قول النبي صلى الله عليه وسلم احتجبي منه ياسودة دليل على أنه جعل للزنا حكما تحرم به رؤية المستلحق لأخته سودة فقال لها احتجبي منه ياسودة لما رأى من شبهه بعتبة فمنعها من أخيها فى الحكم لانه ليس بأخيها فى غير الحكم لانه من زنا فى الباطن اذ كان شبيها بعتبة فجعله كالأجنبي لايراها بحكم الزنى وجعله أخاها بحكم الفراش قالوا وما حرمه الحلال فالزنى أشد تحريما له وهذا غير صحيح لما قدمناه وهو عائد عليهم لان الحلال يؤبد التحريم فى الأخوة فكان يجب أن يؤبده الزنا أكثر ويحرم النكاح وهذا مما لاخلاف فى ابطاله وقال الشافعي رؤية ابن زمعة لسودة مباح فى الحكم ولكنه كرهه وأمرها بالتنزه عنه اختيارا قال أصحابه لما كان للزوج منع زوجته من رؤية أخيها وهذا أيضا ليس بصحيح لانه لو كان مباحا لما نهاها عنه وأمرها بقطع رحمه وقد أمر صلى الله عليه وسلم عائشة أن يدخل عليها عمها من الرضاعة وقال لها هو عمك فليلج عليك مع ماعلم من غيرته صلى الله عليه وسلم وقال أتعجبون من غيرة سعد لانا أغير منه والله أغير منا ودخل على عائشة وعندها رجل فقال من هذا فقالت أخي من الرضاعة فقال انظرن من اخوانكن فانما الرضاعة من المجاعة ومع ذلك فقد أمرها أن يلج عليها عمها من الرضاعة والشبه لاتأثير له فى الانساب وقال أبو ابراهيم المزنى يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أجاب عن المسئلة فاعلمهم بالحكم انه كذلك يكون اذا ادّعى صاحب الفراش الولد وصاحب زنى لا على انه يلزم عتبة دعوى أخيه سعد ولا يلزم زمعة دعوى ابنه عبد وبين ذلك بقوله لسودة احتجبي منه وهذا أصح هذه الأقوال وهو نحو ماذهبنا اليه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول عائشة لما رأى من شبهه بعتبة تأول منها وتعلق بهذا سعد وقال ابن أخي عتبة نظر الى شبهه بعتبة فلم يحكم له بذلك ولا رآه معنى موجبا لما ادّعاه وقد يتشابه الناس ولا تنتقل بذلك أنسابهم عما استقرت عليه من الانتساب الى نسب معروف أو الجهالة بالنسب والعدم لمن ينسب اليه وقد قال القاضي أبو محمد فى معونته الاعتبار بالشبه فى الحاق النسب واجب ولم يبين موضع الحكم بذلك واحتج فيما ادّعاه بحديث عائشة هذا * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وهو عندى دليل على المنع من ذلك بما قدمته واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم فى قضية هلال بن أمية ان جاءت به على نعت كذا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا مامضى من كتاب الله عز وجل لكان لى ولها شأن وهذا أيضا عندى حجة على المنع من ذلك لانه لم يحكم فى شئ من ذلك بالشبه بل أمضى الأمر على ما كان قبل الولادة من حكم اللعان الثابت بكتاب الله عز وجل وظاهر قوله وقد يجوز أن يكون ماقالته عائشة أكد معنى احتجاب سودة منه فاما أن يوجب ذلك فلا كما لم يوجب ذلك التشابه الى عتبة وانما تعلقت به عائشة على وجه الترجيح وتقوية غلبة الظن والله أعلم ولذلك ترجح

* وحدثني مالك عن يزيد ابن عبد الله بن الهادى عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي عن سليمان ابن يسار عن عبد الله بن أبي أمية أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشرا ثم تزوجت حين حلت فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت ولدا تاما فجاء زوجها الى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء فسألهن عن ذلك فقالت امرأة منهن أنا أخبرك عن هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حملت فاهريقت عليه الدماء فحش ولدها في بطنها فلما أصابها زوجها الذى نكحها وأصاب الولد الماء تحرك الولد في بطنها وكبر فصدقها عمر بن الخطاب وفرق بينهما وقال عمر أما انه لم يبلغني عنكما الا خير وألحق الولد بالأول

به عند تساوى الأسباب المثبتة للنسب على وجه مخصوص من علم مختص به القافة ولو كان كل شبه يثبت به النسب لما اختص بعلم ذلك القافة ولوجب أن يستدل به على اثبات الانساب ولا يقصر على الترجيح دون الاستدلال وقد قال بعض أصحابنا ان هذا من الحكم بالذرائع لما تأول في ذلك من انه حكم بالنسب لعبد وراعى التحريم في جنبة سودة فمنعه الدخول عليها وهذا بعيد لان هذا أولى ليس من معنى الذرائع وقد فسرنا معنى الذرائع في البيوع وانما كان يكون لو صح ما تأوله من باب تغليب الحظر على الاباحة وهو وجه قد قال به كثير من العلماء وقالوا ان ذلك كالأمة تكون بين الشريكين فانه محرم على كل منهما وطؤها تغليبا للحظر على الاباحة وما قلناه أولا أبين ولو حكم بثبوت نسبه من زمعة لحكم باباحة دخوله على سودة ألا ترى ان الرجل ينفي ولده ويلاعن فينتفي عنه ويحرم بذلك دخوله على بناته ثم يستلحقه فيلحق به ويباح بذلك الدخول على بناته

(فصل) وقوله فما رآها حتى لقي الله امتثالا لأمر النبي صلى الله عليه وسلم وانتهاء الى حده وامتناعا مما منع منه لانه لم يثبت بينهما اخوة ولو ماتت سودة لم يرثها لما حكم به في أمرهما الآن يثبت نسبه

ص * مالك عن يزيد بن عبد الله بن الهادى عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن أبي أمية أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشرا ثم تزوجت حين حلت فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت ولدا تاما فجاء زوجها الى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء فسألهن عن ذلك فقالت امرأة منهن أنا أخبرك عن هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حملت فاهريقت عليه الدماء فحش ولدها في بطنها فلما أصابها زوجها الذى نكحها وأصاب الولد الماء تحرك الولد في بطنها وكبر فصدقها عمر بن الخطاب وفرق بينهما وقال عمر أما انه لم يبلغني عنكما الا خير وألحق الولد بالأول * ش قوله ان امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشرا يريد كملت عدة الوفاة فذكر أيام العدة ولم يذكر الحيض غير ان قول المرأة آخر الحديث فاهريقت عليه الدماء دليل على انه كان مع الأربعة أشهر وعشر حيضة

(فصل) وقوله ثم تزوجت حين حلت فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت يريد أنها مكثت عند الزوج أربعة أشهر ونصف شهر فاتت بولد تام يريد انه لم يكن على وجه الاستسقاط لان السقط لا يختص بوقت دون وقت فلو كان سقطا لم ينكره وأما الولادة فلها وقت لا تتقدم عليه ولا تتأخر عنه فاقل الحمل الذى لا يجوز أن تتقدم عليه الولادة ستة أشهر وبه قال أبو حنيفة والشافعي والدليل عليه ما نبه عليه علي بن أبي طالب رضي الله عنه من قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين فاقتضى ذلك ان الحمل ستة أشهر (فرع) وأما الذى يراعى في الأشهر قال أكثر أصحابنا ستة أشهر على الاطلاق وقال في العتبية ابن القاسم ستة أشهر ومقدار انقصالها بالأهلة فصاعدا ومعنى ذلك أن تكون اشهر مدة الحمل على الاهلة بعضها من تسعة وعشرين يوما فان ذلك لا يخرجها عن أن تكون ستة أشهر كاملة وقال مطرف وابن الماجشون في الواضحة ان أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني فهو للاول وان لم يكن بين وطئهما الا يوم ومعنى ذلك أن تكون الستة أشهر كملت لوطء الأول بذلك اليوم وهذا يقتضي مراعاة اليوم الواحد في تمام ستة أشهر أو نقصها فعلى هذا يتخرج على قول ابن القاسم أن تعتبر أيامها بوقت الوطء فان كان قبل الفجر اعتدت بذلك اليوم وان كان بعد الفجر لم تعتد به وعلى قول سحنون يعتبر به ويكون تمام الستة الأشهر ذلك الوقت من آخر أيامها والله أعلم وأحكم (فرع) والستة الأشهر

يعتبر آخرها بالسقط والولادة وأما أولها فوقت دخول الزوج الثانى أو السيد الثانى بها

(فصل) وقوله فأتى زوجها الى عمر بن الخطاب وذلك يقتضى انه أنكر الحمل فى مثل هذه المدة فذكر له ما أنكر من ذلك ولم يعهده فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء لما اعتقد من معرفتهن بمثل هذا لما قد عهدن من الولادات وتكرر عليهن من ذلك فى طول العمر من المعتاد وغيره وهذا يقتضى أنه لم يستنبط مدة الحمل من الآيتين المتقدمتين ولذلك احتاج الى سؤال النساء ويحتمل انه علم هذا الحكم من الآيتين أو غيرهما ولكنه سأل النساء ليعلم هل يصح خفاء الحمل على المرأة مع استيفائها انقضاء عدتها بأربعة أشهر وعشر مع صدقها فيما ادعته من الحيض فقالت له منهن من ادعت العلم أنا أخبرك عن هذه المرأة ان زوجها هلك عنها حين حملت تريد أول الحمل وقبل أن يقوى فأهريقت عليه الدماء تريد أنها حاضت الحيضة التى كملت بها عدتها مع الأربعة الأشهر والعشر لحش ولدها فى بطنها قال عيسى معناه ضعف ورق قال ابن كنانة من رواية محمد بن عيسى انحش قال وذلك مثل البضعة تلقى على الجمرة فتنقبض وذلك الانقباض هو الانحياش وقال صاحب العين حش الولد فى البطن اذا يبس والمرأة محش

(فصل) وقولها فلما أصابها الذى نكحها وأصاب الولد الماء تحرك فى بطنها فكبر يريد أن الولد يضعف بعدم الماء ويكبر ويقوى اذا أصابه ماء الرجل وان ولد تلك المرأة انما كان ضعف عن الحركة وصغر لعدم الماء فلما أصابه ماء الرجل الذى تزوج أمه قوى على الحركة وكبر فصدقها عمر بذلك لما تبين له قولها واعتقد أنه لا يكون ولد لاقل من ستة أشهر وان سبب ما ظهر من انقضاء العدة وما ظهر بعد ذلك وكمل من الولادة ما قالته المرأة

(فصل) وقوله وفرق بينهما وقال انه لم يبلغنى عنكما الا خير يريد فرق بينهما لانه تزوج فى عدة ولا يصح عقد فى عدة ويفسخ على كل حال وقوله لم يبلغنى عنكما الا خير اظهار لقبوله عذرهما وانه لا يظن بهما الا الخير الذى بلغه عنهما وانه لو ظن بهما غير ذلك من تعمد بجهل أو علم لما سلما من العقوبة

(فصل) وقوله وألحق الولد بالأول يريد ألحق نسبه به لما لم يصح أن يكون من الثانى وصح أن يكون من الأول لأنه لم يمض من المدة مقدار أقل الحمل ص ﴿مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم فى الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر اليهما فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال أخبرينى خبرك فقالت كان هذا لاحد الرجلين يأتينى وهى فى ابل لاهلها فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حبل ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دماء ثم خلف عليها هذا تعنى الآخر فلا أدرى من أيهما هو قال فكبر القائف فقال عمر للغلام وال أيهما شئت﴾ ش قوله ان عمر كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم فى الاسلام يريد انه كان يلحقهم بهم وينسبهم اليهم وان كانوا لزنية وروى عيسى عن ابن القاسم فى جماعة يسلمون فيستلحقون أولادا من زنى فان كانوا أحرارا ولم يدعهم أحد لفراش فهم أولادهم وقد ألاط عمر من ولد فى الجاهلية بمن ادعاهم فى الاسلام الا أن يدعيه معهم سيد الأمة أو زوج الحرة لان النبى صلى الله عليه وسلم قال الولد للفراش وللعاهر الحجر ففراش الزوج والسيد أحق والالاطة هى الالحاق قال ومن ادعى من النصارى الذين أسلموا أولادا من الزنا فليلاطوا بهم لانهم يستحلون الزنا فى دينهم فجعل ذلك باستحلالهم الزنا وروى ابن حبيب عن مالك من أسلم اليوم فاستلاط ولدا بزنا فى شركه فهو مثل حكم من أسلم فى الجاهلية وقال ابن الماجشون

* وحدثنى مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان ابن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادّعاهم فى الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر اليهما فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر ابن الخطاب بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبرينى خبرك فقالت كان هذا لأحد الرجلين يأتينى وهى فى ابل لأهلها فلا يفارقها حتى تظن وتظن انه قد استمر بها حبل ثم انصرف عنها فاهريقت عليه دماء ثم خلف عليها هذا تعنى الآخر فلا أدرى من أيهما هو قال فكبر القائف فقال عمر للغلام وال أيهما شئت

لايؤخذ بقولهم فيمن كان من ولادة الجاهلية والنصرانية وروى أشهب عن مالك انه انما يؤخذ بقول القافة فيما يلحق من الولد وأما فى بغايا أهل الجاهلية فلا (مسئلة) فمن استلحق منهم ولد أمة مسلم أو نصرانى لحق به فان عتق يوما كان ولده وورثه رواه عيسى عن ابن القاسم وقال الا أن يدعيه زوج الحرة أو سيد الأمة فيكون أحق به ومعنى ذلك انهم اذا استحلوا الزنا وأثبتوا به الأنساب لم يبطل تلك الأنساب الاسلام كالنكاح الفاسد فاذا ادعى ذلك بعد الاسلام حكم له بما تقدم له منه فى الجاهلية وانما يلحق به ان لم يكن مدع ثم أحق به منه (مسئلة) ولا يخلو أن يكون المدعى للولد من قوم بقوا فى بلادهم اما بأن أسلموا فبقوا فى بلادهم أو أقروا فيها بصلح تصالحوا عليه ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو افتتحت بلادهم عنوة فأقروا فيها ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو يكونوا متحملين عن مواطنهم الى بلاد المسلمين فان كانوا اقروا فى بلادهم ففى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك ان كل قرية افتتحت عنوة فسكنها المسلمون فليتوارثوا بقرابتهم بالنسب وروى يحيي عن ابن القاسم فى أهل العنوة يتوارثون كأهل الصلح وقاله أشهب قال ويعتبر ذلك بأهل مصر وأهل الشام غلبوا عنوة أيام عمر فما زالوا يتوارثون الى اليوم (مسئلة) وان كانوا متحملين عن أوطانهم فلا يخلو أن يكونوا عددا كثيرا أو يسيرا فان كانوا كثيرا يبعد عنهم التواطؤ على الكتمان كأهل مصر أسلموا أو جاعة لهم عدد فتحملوا الينا ففى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك انهم يتوارثون بأنسابهم قال ابن القاسم وان كانوا عشرين فأما النفر مثل سبعة وثمانية فلا يتوارثون قال سحنون لا أرى العشرين عددا يتوارثون فاتفقا على أن العدد الكثير يتوارثون بأنسابهم دون العدد اليسير واختلفا فى تقديره فعند ابن القاسم ان العشرين فى حيز الكثير وعند سحنون فى حيز اليسير (فصل) وقوله فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة أنه ولده يريد انه أتى رجلان كل واحد منهما يدعى ولد امرأة أنه ولده لما تقدم له مع أمه من الحال التى كان يلاط ولدها به ولعل عمر قد فهم منها وجه ادعاء كل واحد منهما له انه وجه أشكل به عليه الحكم فى افراد أحدهما به وقد وجد من أحدهما وطؤها بعد الآخر قبل الاستبراء وذلك يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يكون كل واحد منهما وطئ بنكاح والثانى أن يكون كل واحد منهما وطئ بزنا يلحق فيه النسب فأما اذا كان وطؤهما جميعا بنكاح فان أتت به لاقل من ستة أشهر من وطء الثانى فهو للأول وان أتت به لأكثر من ستة أشهر من وطئه ففى المدونة ان وطئها الثانى قبل أن تحيض فهو للاول وان وطئها بعد حيضة أو حيضتين فى عدة طلاق أو وفاة فهو للثانى (مسئلة) وأما اذا كان وطء كل واحد منهما بملك اليمين فوطئ الأول ثم وطئ الثانى بعد استبراء من الأول فان أتت به لاقل من ستة أشهر فهو للاول لانه لا يصح حمل من أقل من ستة أشهر وان أتت به بعد ستة أشهر فهو للثانى لانه قد وجد الاستبراء من وطء الأول ويصح أن يكون من وطء الثانى (مسئلة) وان وطئ الثانى بعد الأول دون استبراء من وطء الأول فأتت به لاقل من ستة أشهر فهو للاول رواه أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية وزاد مطرف وابن الماجشون فى الواضحة سواء كان سقطا أو تاما حيا أو ميتا ولو لم يكن بين وطئهما الا يوم فأما الحمل فلا خلاف عند مالك وأصحابه فى اعتبار الأشهر الستة بين الوطأين وأما الاسقاط فقد قال ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون فى ذلك ما تقدم وقال سحنون فى كتاب ابنه فى وطء الأمة الشريكين أو المتبايعين ان أسقطت قبل ستة أشهر أو بعدها انها تعتق عليهما ويضمن المشترى الأكثر من نصف قيمتها يوم وطئها ونصف الثمن وجه قول ابن القاسم ومن قال بقوله ما حملوا عليه الأمة من أنها فى ضمان البائع قبل الستة

الأشهر فكلما أصابها قبل ذلك من موت أو غيره قبل أن يظهر بها حمل أو بعده ما لم تحض فهي من البائع لأن الاستبراء لم يتم والمدة مختصة بالحمل فكل سقط أو ولد يكون فيه فهو له فان أكملت الستة الأشهر فضمانها من المبتاع وكذلك اذا ولدته ميتا كانت به أم ولد لانه قد تعذر النظر اليه لان الذى يولد ميتا لا يعلم انه لعله قد كان مما يولد قبل ستة أشهر لكنه بقى ميتا فلما لم يعلم ان ذلك وقت ولادته لم يدع له القافة لانه انما يدعى القافة لما ولد الولادة المعتادة التى يعتبر بها فى اثبات النسب فأما الولادة التى لا يعتبر بها فى ذلك فلا مدخل للقافة فيه وانما يعتبر بالوقت خاصة فما كان قبل الستة الأشهر فهو للاول وما كان بعدها فهو للثانى ووجه ماقاله سحنون ان السقط لا يختص بوقت لانه قد يصح أن يكون من شهر وأقل وأكثر فلما اشتركا فيه وتعذر تمييزه والحاقه بأحدهما من جهة الوقت أو القافة وجب أن يكون الامر بينهما فيضمنان الأم إذ ليس التزام ذلك أحدهما بأولى من الآخر ولما كان السقط بعد ستة أشهر يمكن أن يكون من كل واحد منهما ولا يختص بأحدهما ولا يتميز أمره بالنظر اليه حمل على أنه منهما وكذلك السقط بعد ستة أشهر لجواز أن يكون مات قبل ستة أشهر والله أعلم (مسئلة) وان أتت به لأكثر من ستة أشهر فقد قال ابن القاسم فى العتبية تقارب الوطئان أو تباعدا والولد حى فهو الذى يدعى له القافة وقاله مطرف وابن الماجشون فى الواضحة وبه قال مالك والشافعى وروى عن عمر وابن عباس وأنس وعطاء بن أبى رباح والأوزاعى ومنع منه الكوفيون وأكثر أهل العراق وروى عن عمر وعلى بن أبى طالب وقالوا اذا ادعى رجلان ولدا فهو لهما وكانت أمه أم ولدهما فان ادعاه ثلاثة لم يكن ولدا لهم عند أكثرهم والدليل على مانقوله ماروى عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها تبرق أسارير وجهه فقال ألم ترى أن محرزا المدلجى قال فى اقدام زيد وأسامة ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولولا أن قولهم ذلك صادر عن علم يلزم التعلق به لما سر به والله أعلم وأحكم (مسئلة) وان وضعته ميتا قال ابن القاسم فى العتبية سقطا أو تاما فان كان بعد ستة أشهر فهو من المبتاع والولد له وهى أم ولده ولا قافة فى الأموات وقال سحنون فى السقط انه منهما على ماتقدم وقول ابن القاسم لا قافة فى الأموات يحتمل أن يريد به من ولد ميتا وقد قال سحنون ان مات بعد وضعه حيا دعى له القافة إذ لا يغير الموت شخصه ولعله أراد ان الذى يولد ميتا لا يدرى متى مات (فرع) ولو مات أحد الأبوين فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ورواه ابن سحنون عن أبيه ينظر القافة الى الولد والباقى من الأبوين فان ألحقوه به لحق وان لم يلحقوه به فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه لا يلحق به ولا بالميت قال ابن حبيب عن أصبغ يلحق بالميت لان الميت أقر بالوطء فلولا وطء الآخر للحق به من غير قافة فاذا ابطل أن يكون من وطء الحى وجب أن يكون للميت والقولان مبنيان على أن القافة لا تنظر الى ابن ميت وقد ذكر فى كتاب ابن سحنون ان القافة لا تلحق بأب ميت وقد تقدم قول سحنون انه ينظر الى الابن بعد أن يموت اذا ولد حيا وقال ان الموت لا يغير شخصه فوجه ذلك عندى ان الأب من شرط الحاق الابن به أن يدعيه فيجب أن يكون حين الالحاق به مدعيا له فاذا مات فقد عدم ذلك فلم يصح الالحاق به والابن ليس من جهة اقرار ولا انكار فجاز أن يكون حين الالحاق به حال موته وأما على قول ابن الماجشون وتعليله ان الميت من الأبوين لو كان حيا لجاز أن ينفيه عنه القافة فيصح أن يريد بذلك ان الأب لما لم يصح الالحاق به بالقافة دون دعواه لم يصح أن ينفى عنه بالقافة وتحرير ذلك والذى يتحقق منه ان ادعاء الأب الابن على مذهب ابن الماجشون يجب أن يكون مقارنا لالحاق القافة الابن به وعلى قول أصبغ يجوز أن يلحقه القافة به بدعوى متقدمة ويصح أن يريد ابن الماجشون

بذلك ان الميت لاينظر اليه لان التغيير يلحقه فعلى هذا لايجوز أن ينظر الى الابن اذا مات وان كان قد ولد حيا

(فصل) وقوله فدعا عمر قائفا فنظر اليهما يريد انه نظر اليهما والى الولد ويحتمل أن يكون عمر اقتصر على القائف الواحد لما لم يجد غيره ويحتمل انه اقتصر عليه لتحقق جواز الحكم وقد روى ابن حبيب عن مالك انه يجزئ القائف الواحد ان كان عدلا ولم يوجد غيره وهو قول الشافعي وعليه جماعة أصحابنا الا ماروى أشهب عن مالك انه لايجزئ الا قائفان وبه قال عيسى بن دينار وجه القول الأول ان هذه طريقة الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالطبيب والمفتي ووجه القول الثاني أنه يختص بسماعه والحكم به الحكام فلم يجز في ذلك أقل من اثنين كالشهادات وقد قال عيسى لايجزئ من ذلك الا أهل العدل لما كان طريق ذلك عنده طريق الشهادة (مسئلة) ولم يختلف قول مالك وأصحابه في القول بالقافة في أولاد الاماء وأما أولاد الحرائر فالمشهور عنه انه لايدعى لهم القافة وجه القول الاول انه يجوز أن يشترك السيدان في ملكها ويجوز أن يشتريها الرجل ولم تستبرأ من الأول وذلك ممنوع في الحرة فلما كثرت أسباب الاشتراك في الاماء دون الحرائر اختص أولادهن بحكم القافة ووجه القول الثاني وبه قال الشافعي ان المرأة تلحق ولدها

(فصل) وقول القائف لقد اشتركا فيه يريد انه من واطئين لكل واحد منهما فيه نصيب وتأثير ولعله كان ذلك لما رأى فيه من شبه كل واحد منهما فضربه عمر بالدرة لعله أن يكون فعل ذلك به لما رأى فيه من العجلة واعتقد فيه من التقصير عن النظر الذي يلحقه بأحدهما

(فصل) وقوله فدعا عمر المرأة فقال اخبريني خبرك على معنى الاجتهاد في طلب الحق لعله أن يجد في قولها مايقوى الحق عنده أو مايتسبب به الى معرفة الحق ومثل هذا يلزم الحاكم فانه من وجوه الاجتهاد ان سئل عن الحكم قبل انفاذه ويتسبب الى معرفة الحق أو غلبة الظن من كل وجه يمكنه ذلك فيه

(فصل) وقول المرأة ان أحدهما كان يأتيها ولا يفارقها حتى يظن أنه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دماء ثم خلف عليها الآخر فلا أدرى من أيهما هو تريد أنه أشكل عليها أيضا الأمر لان الأول لم يفارقها الا وقد ظنت انها حامل منه ولم تحقق الأمر ثم أهريقت عليه دماء ثم واقعها الاخر بعد ذلك فأشكل عليها الأمر لانها لعلها لم تر الدم مدة حيضة كاملة يقع بها الاستبراء وانما رأته دفعة ولذلك لم تقل انها حاضت وانما قالت انها رأت الدم الذي يكون به استبراء ويحتمل أن يكون ذلك حكم بغايا الجاهلية لانه لم يستبرأ الوطء الاول ولا الثاني الى نكاح ولا ملك يمين وأما في الاسلام فاذا وطئ الثاني بعد حيضة كاملة وأتت به لستة أشهر فهو له دون الاول لان ذلك مسند الى ملك اليمين

(فصل) وقوله فكبر القائف يريد انه لما جاء من خبر المرأة مايصدق قوله كبر كفعل الغالب الذي صح قوله وتبين فعله فقال عمر للغلام وال أيهما شئت يقتضي أن الغلام ممن يصح منه أن يختار ويميز ويكون له قصد قال ابن حبيب وكذلك قال ابن القاسم ورواه عن مالك في الأمة تأتي بولد من وطء الشريكين فيقول القائف له لقد اشتركا فيه فليوال أيهما شاء وروى ابن حبيب عن مطرف بل يقال للقافة ألحقوه بأصحهما به شبها فقد اشتركا فيه ولا يترك وموالاة من أحب وقاله ابن نافع وابن الماجشون قال سحنون وقد قال لي غير ابن القاسم انه ليس له موالاة أحدهما اذا بلغ ويبقى ابنا لهما وجه القول الاول ماروى عن عمر انه قال له وال من شئت منهما ومثل هذه القضية مما يشيع وينتشر ولم يخالفه أحد من الصحابة فثبت انه اجماع ومن جهة المعنى انه لايصح الاشتراك في النسب ولذلك لم

يجز أن يتزوج رجلان امرأة لما كان فى ذلك من الشرك فى النسب و يصح أن يتزوج الرجل المرأتين لما لم يؤد الى ذلك فاذا لم يوجد وجه يختص منه باحدهما رد ذلك الى اختيار الولد فوالى أحدهما وكان ابناله دون الآخر وانما يكون ذلك اذا لم يمكن إلحاقه باحدهما ووجه قول مطرف انه قد اشترك فيه الرجلان ولكن يلحق باقواهما شبها به فى المعانى التى توجب الالحاق فيغلب ذلك وأما التخيير فان الانساب لاتثبت به ولاتأثير له فيها ووجه القول الثالث ان النسب أصله وحقيقته يكون مخلوقا من مائه على الوجه الذى يخلق به فلما ظهر الينا انه مخلوق من مائهما وجب أن يكون ابنا لهما قال وسمعت مالكا يقول فاذا قلنا انه يوالى من شاء فتى يكون له ذلك روى ابن حبيب عن ابن القاسم عن مالك ان ذلك اذا بلغ وقال أصبغ وروى ابن زيد عن أصبغ ان ذلك له اذا عقل وان لم يبلغ الحلم وجه القول الأول ان ذلك وقت تلزمه الأحكام و يحكم عليه باقراره ووجه القول الثانى أن هذا طريقه الاختيار فاذا عقل صح اختياره فكان له أن يوالى من شاء (فرع) ومن الذى ينفق عليه الى وقت الاختيار روى عيسى عن ابن القاسم ينفقان عليه جميعا وقال أصبغ النفقة على المشترى حتى يبلغ حد الموالاة وجه القول الأول انه لما كان موقوفا لهما لم يكن أحدهما أحق بالانفاق عليه دون الآخر فلزمهما الانفاق عليه ووجه القول الثانى ان للمشترى اليد فكانت عليه النفقة (فرع) فاذا اتفقا عليه فوالى أحدهما قال عيسى لا يرجع عليه الآخر بما أنفق وقال أصبغ ما أنفق الذى لم يواله يرجع به على الذى والاه وجه القول الأول انه أنفق عليه على غير وجه السلف ولم يعتقد الانفاق عليه فلم يرجع به عليه كما لو لم يعرف له والد يواليه ووجه القول الثانى انه انما أنفق عليه ليرجع به على مستحق ولايته كالعبد يوقف فينفق عليه المتداعيان ثم يستحقه أحدهما (مسئلة) فان بلغ وقال لا أوالى واحدا منهما فقال سحنون ذلك له و يكون ابنا لهما ووجه ذلك أن هذه حال لم يجبر فيها فلم يختص بولاء أحدهما أصل ذلك حال الصغر وهما أحق بولايته من غيرهما فكان ذلك لهما لانه قد ساوى بينهما كما لو والاهما ص ﴿مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب أو عثمان بن عفان قضى أحدهما فى امرأة غرت رجلا بنفسها وذكرت أنها حرة فتزوجها فولدت له أولادا فقضى أن يفدى ولده بمثلهم قال يحيي سمعت مالكا يقول والقيمة أعدل فى هذا ان شاء الله تعالى﴾ ش قوله ان عمر بن الخطاب أو عثمان على وجه الشك منه أو ممن بلغه ذلك منه قضى فى امة غرت رجلا بنفسها وذكرت انها حرة يريد ان الأمة قد تغر من لايعرف انها أمة بنفسها وتزعم انها حرة فيتزوجها فان علم بذلك والزوج ممن يحكم له بحكم الارقاء كالمكاتب والمدبر والمعتق بعضه والمعتق الى أجل فان ولدها رقيق لسيدها ووجه ذلك انه ان بيع الاب فحكم الرق يلحقه فكان تبعا للامام (مسئلة) وان كان الزوج حرا وقال تزوجتها على انها حرة وقال سيدها بل على انها أمة ففى كتاب محمد الزوج مصدق و يأخذها سيدها وقيمة ولدها يوم الحكم ووجه ذلك ان الحرية الأصل وأحكامها ثابتة دون اثبات فكان القول قول مدعى ذلك دون مدعى اشتراط الرق لانه حكم طارلا يثبت الا بالاقرار (مسئلة) واذا ثبت انه تزوجها على الحرية فاستحقت بالرق فلسيدها أخذها وقيمة ولدها وهو معنى ما قضى به عمر أو عثمان اذ قال قضى أن يفدى ولده بمثلهم و بهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعى وقال أبو ثور الولد رقيق ولاقيمة فيهم ووجه قول مالك ان الولد تبع للام فى الرق والحرية فمن ملك الأم ملك ولدها غير ان الأب لم يتزوجها على حرة فقد تزوج على حرية ولده فكان له شرطه وكان للسيد مثلهم عوض المثل من مال من استحق حريتهم وما من اشترطهم لهم (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال مالك على الأب ووجب أن يكون ذلك قيمتهم

* وحدثنى مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب أو عثمان بن عفان قضى أحدهما فى امرأة غرت رجلا بنفسها وذكرت انها حرة فتزوجها فولدت له أولادا فقضى أن يفدى ولده بمثلهم * قال يحيي وسمعت مالكا يقول والقيمة أعدل فى هذا ان شاء الله

يوم الحكم وبه قال أبو حنيفة والشافعي قيمتهم يوم ولدوا وقال المغيرة والدليل على ما ذهب اليه مالك أنه انما اعتبر في قيمتهم صفتهم يوم الحكم لانهم لم يكونوا في ضمان الأب ولم يكن هذا الحكم مستغنيا عن حاكم فلما احتاج الى حاكم اعتبرت صفة المحكوم فيه يوم الحكم لان ذلك من تمام الاستحقاق وقال ابن المواز قد أخطأ من قال القيمة يوم الولادة ولو كان ذلك لكان عليه ذلك وان مات الولد (فرع) وان كان للولد مال حين التقويم ففي المدونة يقوم بغير ماله وقد اختلف فيه (مسئلة) وهذا اذا كان الأولاد أحياء فان كانوا قد ماتوا فلا شئ للمستحق من قيمتهم الا أن يكونوا اقتلوا فاخذ الأب الدية فقد قال ابن القاسم للمستحق الاقل من قيمتهم أو ما أخذه السيد من ديتهم وكذلك لو ضرب بطن الأم فالقت جنينا فاخذ الأب فيه غرة وقال أشهب لا شئ على الاب في شئ من ذلك كله وجه قول ابن القاسم ان هذا العوض انما أخذه الاب بدلا من ولد الجارية الذين استحق السيد قيمتهم فكان للسيد أن ينتزع من الاب ما أخذ من قيمتهم الا أن يأخذ أكثر من قيمتهم فلا ينتزعه منهم لانه لا يستحق الا القيمة ووجه قول أشهب ان القيمة انما تكون للاب بالحكم والحكم لم يدرك الولد فلم يكن للسيد حق فيهم قال محمد وقول أشهب صواب وذهب الى هذا ولابن القاسم أن يقول ان الحكم قد أدرك الدية وللحاكم أن يحكم فيها كما كان يحكم في الولد لانها بدل منهم والله أعلم

(فصل) وقوله أن يفدى ولده بمثلهم قد اختلف قول مالك فيمن أتلف شيأ من الحيوان أو العروض التي لا تكال ولا توزن فقال مرة في ذلك المثل وقد قال ذلك فيمن باع بعيرا أو استثنى جلده حيث يجوز ذلك ثم استثنى المشترى البعير فان الذى استثناه شئ في جلده يريد مثله ثم قال أو قيمته والقيمة أعدل والقول الذى عليه يعتمد من مذهب مالك ان في ذلك كله القيمة وانما المثل فيما يكال أو يوزن ولما كان هذا الولد من الحيوان كانت القيمة عنده فيه أعدل لانه أقرب الى المماثلة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يرجع على الغار بقيمة الولد وانما يرجع عليه بالمهر قاله ابن القاسم وقال الشافعي يرجع على الغار بقيمة الولد ولا يرجع عليه بالمهر والدليل على ذلك انه لم يغره من الولد وانما غره بالنكاح الذى أخذ عوضه المهر (فرع) وهذا اذا كان الغار يعلم انها أمة فزوجه منها على انها حرة وادعى أنه وليها ولو أعلمه انه ليس بولي لها ثم زوجه منها لم يرجع عليه بشئ قاله ابن القاسم ووجه ذلك أنه ليس بعاقد على الحقيقة (مسئلة) واذا غرت الأمة من نفسها فتزوجت على أنها حرة فدخل بها فقد قال مالك لا يؤخذ منها المهر وبه قال الشافعي وقال ابن القاسم أرى أن يؤخذ منها ما فضل عن مهر المثل ووجه قول مالك ان المهر لم يدخله فساد فلذلك ثبت فيه المسمى ووجه قول ابن القاسم ان النقص بالرق قد وجد في العوض فكان للزوج الرجوع بما فضل عنه على عوضه معيبا بعيب الرق

﴿ القضاء في ميراث الولد المستلحق ﴾

ص ﴿قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يهلك وله بنون فيقول أحدهم قد أقر أبي أن فلانا ابنه ان ذلك النسب لا يثبت بشهادة انسان واحد ولا يجوز اقرار الذى أقر الا على نفسه في حصته من مال أبيه يعطى الذى شهد له قدر ما يصيبه من المال الذى بيده قال مالك وتفسير ذلك أن يهلك الرجل ويترك ابنين له ويترك ستمائة دينار فيأخذ كل واحد منهما ثلاثمائة دينار ثم يشهد أحدهما ان أباه الهالك أقر ان فلانا ابنه فيكون على الذى شهد للذى استلحق مائة دينار وذلك نصف ميراث المستلحق لو لحق ولو أقر له الآخر أخذ المائة الأخرى فاستكمل حقه وثبت نسبه ﴾ ش

﴿ القضاء في ميراث الولد المستلحق ﴾

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يهلك وله بنون فيقول أحدهم قد أقر أبي أن فلانا ابنه ان ذلك النسب لا يثبت بشهادة انسان واحد ولا يجوز اقرار الذى أقر الا على نفسه في حصته من مال أبيه يعطى الذى شهد له قدر ما يصيبه من المال الذى بيده * قال مالك وتفسير ذلك أن يهلك الرجل ويترك ابنين له ويترك ستمائة دينار فيأخذ كل واحد منهما ثلاثمائة دينار ثم يشهد أحدهما ان أباه الهالك أقر ان فلانا ابنه فيكون على الذى شهد للذى استلحق مائة دينار وذلك نصف ميراث المستلحق لو لحق ولو أقر له الآخر أخذ المائة الأخرى فاستكمل حقه وثبت نسبه

وهذا كما قال ان مذهب أهل المدينة على ما سكتها السلام فى الذى يتوفى ويترك ولدين ويترك ستمائة دينار ان لكل واحد منهما ثلاثمائة دينار فان قال أحدهما ان أباه أقر لرجل انه ابنه قيل له قد أقررت له بمال فينظر الى ما فى يديك مما كان يصير له لو ثبت نسبه فتدفعه اليه لانك مقر له به ولو ثبت نسبه لكان لكل واحد منهم مائة دينار وقد أخذ هذا ثلاثمائة دينار فالمائة الزائدة قد أقر بها للمقر به وبهذا قال مالك وقال الشافعي لا يلزمه أن يعطيه شيأ لانه أقر له بشئ لا يستحقه الا من جهة النسب ولا يثبت نسبه باقرار أخيه وحده اذا كان ثم من الورثة من يرفعه عنه والدليل على مانقوله ان اقراره يتضمن شيئين أحدهما النسب وهذا اقرار على غيره لانه لا يثبت بمجرد قوله والثانى اقرار بمال فى يده فلزمه فيه كما لو توفى رجل وترك ولدا واحدا فأقر بأخ ثبت نسبه عند الشافعي وقاسمه المال باتفاق (مسئلة) وقال أبو حنيفة يلزم المقر أن يدفع اليه نصف ما بيده دون المنكر والدليل على مانقوله انه انما أقر على نفسه وعلى أخيه فان المقر يستحق مثل حق كل واحد منهما مما بأيديهما والذى كان يجب له بذلك من الستمائة مائتان فقد أقر له مما بيده بمائة وشهد له على أخيه بمائة أخرى مما بيده فان كان من أهل العدل وشهد له شاهد آخر بمثل ذلك لم يستحق من يد المقر له غير مائة ومن يد المنكر مائة أخرى والله أعلم وقد اتفقوا انه لو أقر به الأخوان لأخذ حصته من يد كل واحد منهما (مسئلة) ولا يخلو هذا الاقرار أن تكون التركة عينا أو عرضا فان كانت عينا فعلى ما تقدم وان كانت عرضا مثل أن يترك المتوفى عبدا أو أمة فأخذ المقر العبد وأخذ أخوه الأمة ثم أقر أحد الأخوين بأخ قال ابن ميسر فهذا قد أقر بثلث العبد وثلث الأمة وقد كان للمقر قبل الاقرار نصف كل واحد منهما فى الانكار فأقر فى كل نصف وجب له بثلث ذلك النصف وهو سدس العبد فلما باع نصفه فى الأمة بنصف أخيه فى العبد ضمن لأخيه سدس قيمة الأمة وأما ثلث العبد فواجب له لان سدسه كان بيده وسدس آخر عاوض فيه أخاه فابتاع ما لا يحل له كمن اشترى شيأ ثم أقر انه لآخر فليسلمه اليه فقد وجب له ثلث العبد بكل حال وهو مخير فى سدس الأمة أن يأخذ منه قيمته أو يأخذ منه سدس العبد الذى باعه فيصير له نصف العبد وللمقر نصفه هذا الذى ذكره أحمد بن ميسرة وقال أبو أيوب البصرى ان قول أهل المدينة أنه يعطيه ثلث العبد الذى صار له ويضمن له سدس قيمة الأمة لانه باع ذلك بسدس من العبد وهو مقر انه لأخيه قال الشيخ أبو عمر وهذا الذى قاله أبو أيوب هو الصواب وليس فيه تخيير لان الذى أقر له به من العبد اشترى نصفه بسدس الأمة الذى كان بيد أخيه من العبد الذى كان بيده (مسئلة) فان مات المقر لم يرثه وانما يرثه أخوه الثابت النسب قاله سحنون فى العتبية ووجه ذلك ان الاقرار لا يورث به الا مع عدم وارث ثابت النسب ولهذا المقر أخ ثابت النسب فلا يرثه المقر له قال سحنون ولو لم يكن له وارث غير المقر له لورثه ولو مات المقر له فقد قال سحنون يرثه المقر به والمنكر له قال يحيى بن عمر يأخذ المقر من تركته بدأ مثل ما كان أعطاه ثم يكون ما بقى بينهما لان المنكر جحده اياه * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وكان عندى يجب أن ينظر الى ما كان يستحقه بما أخذه المنكر من مال أبيه لو ثبت نسب المقر له فان كانت مائة دينار أضيفت الى مال المقر له فان كان ذلك ثلاثمائة دينار أخذ منها المقر له مائة وخمسين وبقيت خمسون من مال المقر له فوقفت فان أقر به المنكر دفعت اليه وكمل بذلك وبالمائة التى كان يأخذها منه مالو أقر به تمام نصيبه من ميراثه وذلك مائة وخمسون فانما المائة الدينار التى بقيت بيده من تركة أبيه بمنزلة الدين عليه للمقر له والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله أقر له الآخر استكمل حقه وثبت نسبه يريد لان الأخوين قد شهدا له بالنسب وهما

من أهل العدل ويجب على هذا اذا كان أحدهما شاهدا له أن لا يثبت له بذلك نسبه مع يمينه لان
النسب يثبت بشاهد ويمين ولا يستحق بذلك المال لانه قد استحقه الثابت النسب ولم يكن هناك وارث
معروف فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انه يقضى له بالمال لوجه الميراث ثم لا يثبت له بذلك
نسب وروى الشيخ أبو محمد عن أشهب انه لا يستحق المال حتى يثبت له النسب بما تثبت به الانساب
وذلك مثل أن يتوفى رجل ويترك مالا ويأتى من يدعى انه ابنه فيقيم شاهدا واحدا فعلى قول ابن
القاسم يحلف ويستحق المال دون النسب وعلى قول أشهب لا يستحق شيأ وجه قول ابن القاسم انه قد
ينفصل المال من النسب وكذلك اذا أقر أحد الورثة بولد واستحق ما يتضمنه اقراره بما فى يده من المال
ولا يثبت بذلك نسبه ووجه قول أشهب ان هذا المال انما يستحق من جهة النسب فاذا لم يثبت النسب
لم يستحق شيأ من جهته كسائر أسباب الاستحقاق وليس ههنا مقر بحق بينة رد به فلزمه تسليمه وانما
يدعى حقا ثابتا لجماعة المسلمين فلا سبيل له اليه الا بعد اثبات النسب الذى يستحق به والله أعلم وأحكم
ص * قال مالك وهو أيضا بمنزلة المرأة تقر بالدين على أبيها أو على زوجها وينكر ذلك الورثة فعليها
أن تدفع الى الذى أقرت له بالدين قدر الذى يصيبها من ذلك الدين لو ثبت على الورثة كلهم ان كانت
امرأة ورثت الثمن دفعت الى الغريم ثمن دينه وان كانت ابنة ورثت النصف دفعت الى الغريم نصف
دينه على حساب هذا يدفع اليه من أقر له من النساء * ش وهذا على ما قاله ان مسئلة الاقرار تجرى
مجرى ما ذكره من المرأة تقر بدين على موروثها وينكر ذلك سائر الورثة فان كانت بنتا ترث النصف
فانما يلزمها من الدين بقدر ذلك وهو نصفه وان كانت زوجة ترث الثمن لان للميت ولدا أو ولد ابن انما
عليها من الدين ثمنه ولو لم يكن له ولد ولا ولد ابن فورث الربع لكان عليها من الدين ربعه وكذلك
الوارث اذا كانت أنثى ترث مع المقر له الثلث فانما عليه أن يدفع اليه ما صار اليه زائدا على الثلث ولو
كانت زوجة لها الثمن فأقرت بابن للميت لم يكن عليها أن تعطيه شيأ لان موروثها دونه ومعه لا يزيد ولا
ينقص فلا يؤثر اقرارها فيما بيدها وقال ابن حبيب أصحاب مالك كلهم يرون هذا القول من مالك
وهما لانه لا ميراث لوارث الا بعد قضاء الدين فيجب له أن يأخذ من المقر بالدين دينه وأما الوارث فانه
وارث مع المقر وليس بوارث قبله فلذلك أخذ منه ما ينوبه وروى هذا ابن المواز عن أشهب وهذا
الذى قاله ابن حبيب ليس بصحيح بل أصحاب مالك على ما قاله مالك وهو الصحيح وقد أنكره أصحابنا
على ابن حبيب وما اختاره ابن حبيب هو قول أبى حنيفة واختار ابن المواز قول ابن القاسم والدليل
على صحة ما ذهب اليه مالك أن من أقر من الورثة بالدين بمنزلة شهادة الشهود به ولو شهدت به بينة
لأخذ من كل واحد منهم قدر حصته من الدين وكذلك اذا أقروا به وقد قال الشيخ أبو بكر الدين
كالميراث الا أن يكون الدين محيطا بالميراث فانه يؤخذ من المقر جميع ما بيده لأنه لو ثبت الدين
بشهادته لأخذ منه جميع ما بيده ووجه قول أشهب انه لو قامت بينة بالدين فلم يجد بيد أحدهما شيأ
لأخذ ما بيد الآخر جميع حقه وانما استغرق ما بيده ثم يرجع ذلك على أخيه بما ينوبه من ذلك
فكذلك اذا أقر به أحدهما وأنكره الآخر أخذ من المقر جميع حقه وتحريره ان الانكار معنى
يمنع المقر له من استيفاء حقه من سائر الورثة فأوجب له استيفاء جميع حقه ممن لا يمنع الاستيفاء منه
مانع أصل ذلك العدم ص * قال مالك وان شهد رجل على مثل ما شهدت به المرأة ان لفلان على
أبيه دينا أحلف صاحب الدين مع شهادة شاهده وأعطى الغريم حقه كله وليس هذا بمنزلة المرأة لان
الرجل تجوز شهادته ويكون على صاحب الدين مع شهادة شاهده أن يحلف ويأخذ حقه كله فان لم

*قال مالك وهو أيضا بمنزلة المرأة تقر بالدين على أبيها أو على زوجها وينكر ذلك الورثة فعليها أن تدفع الى الذى أقرت له بالدين قدر الذى يصيبها من ذلك الدين لو ثبت على الورثة كلهم ان كانت امرأة ورثت الثمن دفعت الى الغريم ثمن دينه وان كانت ابنة ورثت النصف دفعت الى الغريم نصف دينه على حساب هذا يدفع اليه من أقر له من النساء
*قال مالك وان شهد رجل على مثل ما شهدت به المرأة ان لفلان على أبيه دينا أحلف صاحب الدين مع شهادة شاهده وأعطى الغريم حقه كله وليس هذا بمنزلة المرأة لأن الرجل تجوز شهادته ويكون على صاحب الدين مع شهادة شاهده أن يحلف ويأخذ حقه كله فان لم

يحلف أخذ من ميراث الذى أقرله قدر مايصيبه من ذلك الدين لانه أقر بحقه وأنكر الورثة وجاز عليه اقراره ﴾ ش وهذا كما قال انه ان شهد رجل من الورثة بمثل ماشهدت به المرأة ان لهذا الغريم على ابنه دينا وكان الشاهد من أهل العدل فان الغريم يحلف مع شهادته ويستحق جميع الدين الذى شهد له به شاهده وان كان الشاهد انما أورد ذلك على سبيل الاقرار فانه لاينافى الشهادات ويخالف ذلك المرأة فانه لايحلف المدعى مع شهادتها حتى يكون الاثنان من أهل العدل فيحلف مع شهادتهما فان أبى الغريم أن يحلف استحق على المقرله من دينه بقدر حصته من الميراث ولم يحتج فى استحقاق ذلك الى يمين وكذلك لو كان المقر غير عدل لاستحق عليه من دينه بقدر حصته من الميراث ومن ادعى عليه العلم من الورثة وأنكر ذلك فى حقه لزمته اليمين اذا لم يرد المدعى أن يحلف مع شاهده والله أعلم

﴿ القضاء فى أمهات الأولاد ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال مابال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعزلونهن لاتأتينى وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ﴾ ش قوله مابال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعزلونهن على وجه الانكار لمن فعل ذلك وقوله يعزلونهن يحتمل معنيين أحدهما العزل عنهن وهو وان كان غير محرم فى الاماء فان غيره أفضل منه لاسيما لمن يريد بذلك أن ينفى عن نفسه ماأتت به من ولد وقد روى موسى بن معاوية عن ابن القاسم فيمن أقر أنه يطأ جاريته ويعزل فان الولد يلزمه ان لم يدع استبراء ووجه ذلك انه لايتيقن حقيقة العزل وقد يغلبه أول الماء أو اليسير منه ولايشعر به وقال موسى بن معاوية عن ابن القاسم ولو قال كنت أطأ ولا أنزل لم يلزمه الولد ووجه ذلك أن عدم الانزال متيقن ولايصح معه ولد

(مسئلة) ولو قال كنت أطأ بين الفخذين فأنزل ففى كتاب ابن المواز يلزمه الولد فى الأمة ولايلتعن فى الحرة وهذا يحتمل معنيين أحدهما أن يريد بذلك قرب الفخذين من الفرج فان الماء يصل اليه قبل التغير والاستحالة فيلحق منها الولد وهذا يبعد عندى لانه لو جرت العادة بخلق ولد من منى لم ينزل فى الرحم لما لزم من ظهر بها حمل حد لان من وطئ امرأة بين الفخذين لم يكن عليهما حد فيصح أن يكون الولد من غير جماع وهذا باطل باتفاق والمعنى الثانى ان مثل هذا يكثر فيه الوهم والغلط ولا يكاد يحققه الواطئ فى بعض الأوقات

(فصل) والمعنى الثانى الذى يحتمله قوله يعزلونهن أن يريد باعتزالهن فى الوطء الازالة لهن عن حكم التسرى على وجه الانتفاء من ولد الأمة دون استبراء وانما يجب أن يكون ذلك بعد وجود معنى يصرف الحمل عنه الى غيره وبماذا يكون ذلك المشهور من المذهب ان الاستبراء بالحيض وفى كتاب ابن سحنون عن المغيرة لاتبرأ منه الى خمس سنين وجه القول الأول ان الاستبراء يبطل حكم الوطء بملك اليمين وان لم يكن بعده وطء لغيره كما لو أعتقها أو وهبها لامرأة ووجه القول الثانى ان الوطء المباح الذى يلحق به النسب لايبطل حكمه الحيض دون وطء ينسب اليه الحمل أصل ذلك الوطء بالنكاح (فرع) فاذا قلنا ان الاستبراء يبطل حكم الوطء فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه انه يجزىء من ذلك حيضة واحدة قال سحنون وهو الذى ثبت عندنا عن مالك وروى عبد الملك عن مالك ثلاث حيض واليه رجع المغيرة وجه القول الأول ان هذا استبراء فى وطء بملك اليمين فأجزأ فى ذلك حيضة واحدة كالاستبراء فى البيع والشراء ووجه القول الثانى ان الحيض اذا

يحلف أخذ من ميراث الذى أقرله قدر مايصيبه من ذلك الدين لانه أقر بحقه وأنكر الورثة وجاز عليه اقراره

﴿ القضاء فى أمهات الأولاد ﴾

* قال يحيى قال مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال مابال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعزلونهن لاتأتينى وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا

لم يقترن به انتقال من الملك لضعف فلا يقع للمرأة منه الا بثلاث حيض وأما الحيضة الواحدة فانما يقع البراءة بها مع الانتقال الى ملك ولذلك تأثير ألا ترى أن الزوج اذا طلق امرأته فتعتد بثلاثة أقراء وتتزوج بعده فتأتي بولد لستة أشهر من وقت نكاح الثاني فلا يلحق بالأول ولو لم ينتقل الى ملك زوج آخر وأتت بولد لتلك المدة وأبعد منها ألحق بالأول (فرع) وهل يلزمه مع ادعاء الاستبراء يمين قال سحنون والذي ثبت عندنا عن مالك أن لا يمين عليه وروى عبد الملك عن مالك أنه يحلف مع ادعائه الاستبراء بثلاث حيض وقد أنكر ابن المواز ما انفرد به عبد الملك من اليمين وقد روى ابن مزين عن عيسى عليه اليمين اذا ادعى الاستبراء وجه الرواية الأولى ان الاستبراء معنى يثبت للسيد حكم الانتفاء من الولد فلم يلزم السيد اثباته باليمين وكان قوله فيه مقبولا لنفي الواطئ أولا ووجه الرواية الثانية ان اقراره بالوطء معنى يلحق به الولد فلم ينتف عنه الا بيمين في الزوجية في الأحرار لما كان عقد النكاح يلحق الولد بالزوج لم ينفه الا بيمين وهو اللعان فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله لا تأتيني وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها يقتضي انه لا يلزمه ولدها بكونها في ملكه ولكن باعترافه انه قد وطئها وهو معنى المامه بها فاذا اعترف السيد بوطء الأمة وثبت ذلك من اعترافه صارت الأمة فراشا له ولزمه كل ولد أتت به الا أن يقول قد استبرئت بعد الوطء على ما تقدم

(مسئلة) فان ادعى عليه الاقرار بالوطء أو بالولد وأنكر ذلك فقد قال أشهب لا يمين عليه في شيء من ذلك كان الولد حيا أو ميتا أو سقطا ووجه ذلك أن الايمان في نفي النسب لا تتعلق بمجرد الدعوى وكذلك كل يمين يتعلق بها حكم في جنسين فلا يجب بمجرد الدعوى كالطلاق والعتق

(مسئلة) فان شهد باقراره بالوطء شاهد ففي كتاب ابن المواز يلزمه اليمين وفي غيره اذا أقام شاهد على اقراره بالوطء وشهادة امرأة بالولادة فلا يمين عليه وقد قيل يلزمه اليمين قال وانما تجب اليمين اذا شهدت امرأتان بالولادة وشاهد على اقراره بالوطء وامرأة على الولادة وشاهدان على اقراره بالوطء وجه رواية ابن المواز أن هذا معنى يقتضي نفي الاسترقاق فاذا شهد به شاهد لزمت السيد اليمين على نفيه كالعتق ووجه الرواية الثانية أن ههنا فصلين أحدهما الاقرار بالوطء والثاني الولادة ولم يثبت أحدهما ولو أقر بأحدهما ونفى الآخر لم يثبت به النسب فلذلك لم يلزم اليمين لضعف البينتين (مسئلة) وان لم ينكر الوطء ولكنه أنكر الولد لانه قال وجدت معها رجلا وصدقته أو ثبت الزنا بأربعة شهداء فلا ينفي الولد بذلك وان كان يعزل عنها حتى يدعي الاستبراء حكاه ابن المواز ووجه ذلك ان وطء الزنا لا يلحق به نسب فلم يكن له حكم الوطء وكان الوطء الذي يلحق به النسب وهو وطء السيد أولى بالولد كما لو انفرد

(فصل) وقوله لا تأتيني وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها الا ألحقت به ولدها يريد رضي الله عنه ألحقت بالسيد المقر بالوطء ومعنى ذلك ان أتت به لمدة الحمل من وقت الوطء الى وقت الاستبراء قال سحنون أجمع أصحابنا انه اذا أقر بوطء أمة لزمه ما أتت به ولو الى أقصى حمل النساء الا ان يدعي استبراء لم يمس بعده فلا يلزمه ما أتت به بعد الاستبراء الا ان تأتي به لأقل من ستة أشهر لم يلزمه ووجه ذلك ان استبراء السيد منع الحاق النسب به فلا يلحق به بعده الا ولد يتيقن انه قد وجد قبل الاستبراء وذلك ان يأتي لاقل من ستة أشهر لم يلحق به

(فصل) وقوله فاعتزلوا بعد أو اتركوا اعلام لهم بأن ما يأتون به بعد من العزل لا منفعة لهم فيه ولا ينتفي بذلك ولد عنهم ولم يرد بذلك التخيير لهم بين الفعل أو الترك وانما أراد به ما قدمناه ص ﴿ مالك عن

وحدثني مالك عن

نافع عن صفية بنت أبى عبيد أنها أخبرته ان عمر بن الخطاب قال مابال رجال يطؤن ولائدهم ثم يدعونهن يخرجن لاتأتينى وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها الا قد ألحقت به ولدها فارسلوهن بعد أو أمسكوهن ﴾ ش قوله مابال رجال يطؤن ولائدهم ثم يدعونهن بعد يخرجن يحتمل أن يريد به الخروج والتصرف فى الخدمة التى لاتتصرف فى مثلها السرارى تحفظا بهن فان من تسرى بأمة منعها الخروج جملة أو منعها منه ممايتقى عليها فيه من التصرف فى المواضع المخوفة التى لايؤمن عليها فيها وفى كتاب ابن سحنون عن مالك فيمن يطأ الجارية ثم يرسلها الى السوق فى حوائجه لابأس بذلك والمرأة الحرة تخرج لحاجتها ومعنى ذلك الخروج المعتاد الى السوق والمواضع المأمونة التى فيها جماعة الناس فلايمكن الانفراد بها ولامخادعتها وذكر ابن حبيب أن ابن عمر كان اذا وطئ أمة جعلها عند صفية بنت أبى عبيد حتى يظهر بها حمل أو تحيض يحتمل أن تكون هذه الأمة قبل ذلك ممن لاتساكن أهله بل تتصرف بالتكسب لصنائع والعمل أو تكون مع جملة امائه فى غير دار سكناه مع زوجه صفية فاذا وطئها ضمها الى دار زوجه صفية المذكورة لأنها أحصن لهن وأمكن من التحفظ بهن ويحتمل أن تكون قبل ذلك ممن تدخل وتخرج فاذا وطئها منعها ذلك ولزمت هذه الدار التى يمكن فيها منعها من التصرف حتى يتيقن ماهى عليه من حمل أو براءة رحم بحيض فعلى هذا التأويل الثانى يحتمل أن يريد عمر ثم يدعونهن يخرجن المنع من الخروج جملة ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى أم الولد اذا جنت جناية ضمن سيدها مابينها وبين قيمتها وليس له أن يسلمها وليس عليه أن يحمل من جنايتها أكثر من قيمتها ﴾ ش وهذا كما قال ان أم الولد اذا جنت ضمن سيدها الجناية وليس له أن يسلمها لانه ليس له أن يخرجها عن ملكه بتسليم فى جناية ولا بيع ولا معاوضة ولا هبة ولا غيرها الا بالعتق الذى يسقط مابقى له فيها من الاستمتاع والمنفعة دون التصرف فى رقبتها وفى هذا خمسة أبواب * أحدها فى ماذا تصير الأمة به أم ولد * والثانى فى أنه لايجوز أن يملكها غيره * والثالث فى حكم مابقى له من المنفعة والتصرف فيها وفى ولدها * والرابع فى حكم مالها فى جناية * والباب الخامس فى حكمها وحكم ولدها وحكم مالها اذا توفى

(الباب الاول فيماذا تصير الأمة به أم ولد)

فى كتاب ابن سحنون عن ابن وهب عن مالك وفى كتاب ابن حبيب عن مطرف عن مالك تكون أم ولد بكل ما أسقطته اذا علم أنه مخلق وفيه تجب الغرة وهذا أحد قولى الشافعى وقال أشهب اذا طرحت دما مجتمعا أو غير مجتمع فلاتكون به أم ولد فاذا صار علقة خرج من حد النطفة والدم المجتمع وهو أحد قولى الشافعى وقال ابن القاسم فى المدونة وغيرها وان لم يتبين شئ من خلقه اتفق النساء انه ولد مضغة كان أو علقة أو دما وجه القول الاول مارواه ابن وهب عن مالك انه لايحكم بما يرخيه الرحم بأنه ولد الا اذا ظهر خلقه وصورته وهو الذى اختار الطبرى أن يكون معنى مخلقة مصورة واليه ذهب الشافعى وأما الدماء فقد ترخها حيضا وغيره فلا يكون ذلك دليلا على الولد وقد قيل ذلك فى قوله تعالى مخلقة وغير مخلقة فيكون مخلقة وغير مخلقة من نعت الصورة وروى عن ابن مسعود سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو الصادق المصدق يجمع خلق أحدكم فى بطن أمه أربعين يوما ثم يكون علقة أربعين يوما ثم يكون مضغة أربعين يوما ثم يبعث الله ملكا فيقول أكتب عمله وأجله ورزقه وشقى أو سعيد وقال ابن عمر اذا وقعت النطفة فى الرحم بعث الله ملكا فيقول يارب مخلقة أو غير مخلقة فان قال غير مخلقة مجتها الارحام دما وان قال مخلقة قال يارب

نافع عن صفية بنت أبى عبيد انها أخبرته أن عمر ابن الخطاب قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يدعونهن يخرجن لا تأتينى وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها الاقد ألحقت به ولدها فارسلوهن بعد أو امسكوهن * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى أم الولد اذا جنت جناية ضمن سيدها مابينها و بين قيمتها وليس له أن يسلمها وليس عليه أن يحمل من جنايتها أكثر من قيمتها

ماصفة هذه النطفة أذكر أم أنثى ما رزقها وما أجلها فعلى هذا المخلقة من صفة النطفة فما كان مما ترخيه الأرحام مما لم يخلق بعد وليس بولد فلا تكون به أم ولد ووجه قول أشهب ان الدماء قد ترخيها الأرحام ولا يكون ولدا كالحيض والاستحاضة فلا يكون شيء من ذلك ولدا وانما يكون الولد المضغة لانه لا يبلغ هذا الحد الا بما يكون ولدا ووجه قول ابن القاسم انه قد يعرفه النساء بكثرته وأحواله فاذا كان يعرف تثبت به حرمة أم الولد كالمضغة (مسئلة) ولو أقر بالوطء السيد وقال لها لم تلدى هذا الولد ففى كتاب ابن المواز قال مالك هذا لا يخفى على الجيران وقال مرة أخرى وهى مصدقة وقال فى موضع آخر هو بها لاحق وان لم يعرف الجيران منها حملا ولا ولادة ولا طلقا اذا كان معها الولد وان لم يكن معها ولد فقالت أسقطت أو ولدت فلا تصدق الا بامرأتين عادلتين على الولادة ولا يلزمه بواحدة الا اليمين عند أشهب

(الباب الثانى فى أنه لا يجوز أن يملكها غيره ببيع ولا هبة ولا غيرها)

هو مذهب مالك وأبى حنيفة والشافعى وجماعة الفقهاء من الصحابة والتابعين وقد تقدم فى تفسير حديث أبى سعيد الخدرى فى غزوة بنى المصطلق من الدليل على ذلك من جهة السنة ما يغنى عن اعادته والدليل على ذلك اجماع الصحابة روى الشعبى عن عبيدة السلمانى قال خطبنا على بن أبى طالب فقال رأى أبو بكر رأيا ورأى عمر رأيا عتق أمهات الأولاد حتى مضيا لسبيلهما ثم رأى عثمان ذلك ثم رأيت أنا بعد بيعهن فى الدين فقال عبيدة فقلت لعلى رأيك ورأى أبى بكر وعمر وعثمان فى الجماعة أحب الينا من رأيك بانفرادك فى الفرقة فقبل منى وصدقنى فوجه الدليل انه أخبره ان رأى أبى بكر وعمر وعثمان بالمنع من بيعهن كان فى وقت جماعة ولم يخالفوا فيه فثبت انه اجماع ووجه آخر أنه قال رأيى فى بيعهن فى الدين خاصة فهذا يقتضى انفراده بهذا القول ثم صدقه وقبل منه فى اثبات القول الاول فتجدد بذلك الاجماع أيضا فى زمن على رضى الله عنه وبه قال سحنون ولما كشف عن أمرهن عبد الملك أخبره ابن شهاب أن المسور قال ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يبعن فى دين ولا يعتقن من ثلث وفيه غضب سعيد على الزهرى حين حدث بحديثه عبد الملك وقال مالك انه حدثه ابن المسيب قال ان عمر أعتقهن ومن جهة المعنى ان الامة اذا حملت حرم بيعها لأجل الجنين الذى هو فى حكم عضو من أعضائها ولذلك لا يجوز أن يفرد بالبيع دونها ولا تفرد بالبيع دونه فسرى اليها حكم الحرية كما كان يسرى من تعليق العتق على عضو من أعضائها ودليل آخر من جهة القياس انها حملت بحر فمنع ذلك بيعها أصله اذا أراد بيعها وهى حامل (مسئلة) وسواء كان عليه دين يحيط بماله أولا دين عليه فى ثبوت هذا الحكم لها وهذا اذا كان السيد حرا مسلما فان كان غير حر ففى كتاب ابن المواز قال محمد وأحب الى فى ذلك فى أم الولد المكاتب والمدبر ان عتق وهى فى ملكه أن تكون به أم ولد وان لم يكن لها الآن ولد كان ما تقدم لها سقط أو ولد وذكر ابن سحنون عن أبيه وعن كبار أصحاب مالك مثل ذلك فى المكاتب دون المدبر قال والفرق بينهما ان للسيد انتزاع أم ولد المدبر عند مالك وان لم تكن حاملا يريد دون المدبر وليس ذلك له فى المكاتب وأيضا فليس للمكاتب بيعها باذن السيد الآن يخاف العجز وللمدبر بيعها باذن السيد وقال أشهب وعبد الملك لا تكون أم ولد بما ولدت بعد عقد التدبير والكتابة والعتق المؤجل وان ولدته بعد تمام الحرية فى الاب الا أن للولد حكم الاب وقال القاضى أبو محمد فى أم الولد المكاتب خلاف لأنه قد أجاز للمكاتب بيعها من غير دين وهذا يدل على انها لا حرية لها بالاستيلاد وقول آخر انه ليس له بيعها الا أن يرهقه دين قال

فوجه الرواية الاولى ان حرمتها ضعيفة لضعف حرمة سيدها لأنه يعتق بالاداء و يرق بالعجز فلذلك لم يثبت لها حرمة الاستيلاد و جاز له بيعها ووجه الرواية الثانية انه قد ثبت لسيدها حرمة العتق بالكتابة

* قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وجه الرواية الاولى عندي ان ملك سيدها لم يكمل فلم تحصل أم ولد باستيلادها في تلك الحال كالامة للعبد القن ووجه الرواية الثانية ان سيد المكاتب ممنوع من ماله لعقد عتقه فيثبت لأم ولده حرمة الاستيلاد كالعتق المبتل (مسئلة) وأما أم الولد المدبر فقد تقدم اختلاف أصحاب مالك فيها وقال القاضي أبو محمد فيها عن مالك روايتان احداهما ثبوت الحرمة لها والثانية نفيها عنها و وجه ثبوتها انه يبيع لابنه في عقد العتق الذي يثبت له فوجب أن لا يثبت لأمه به الحرمة كولد المكاتب و وجه الرواية الثانية ان أباه لم يثبت له من العتق ما يمنع به سيده من ماله فلم يثبت لأمه به حرمة الاستيلاد كذلك العبد القن (فرع) قال القاضي أبو محمد فاذا قلنا تثبت لها حرمة الاستيلاد لم يكن لسيده انتزاعها منه حاملا كانت أو غير حامل فاذا نفينا عنها حرمة الاستيلاد فان للسيد انتزاعها قولا واحدا لأن الولد داخل في تدبير أبيه ومثل هذا يتوجه من الخلاف في أم ولد المعتق الى أجل لأن محمدا قال ان قول مالك قد اختلف في انتزاع أم ولده منه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانما تكون أم ولد بما تلده لأكثر من ستة أشهر من يوم عقد التدبير أو الكتابة أو العتق المؤجل فان ولدته لأقل من ذلك لم تكن به أم ولد قاله ابن المواز وقال في موضع آخر الا أن يملك المكاتب ما في بطن أمته الحامل في الكتابة فانها تكون به أم ولد وقال أشهب وعبد الملك انما تكون أم ولد بما تلده لستة أشهر من يوم عتق أمه ولا تكون أم ولد بما تلده لأقل من ذلك قالا لأن الولد لم يملكه الاب وقد جرى منه فيه لغيره حرية فلا تكون به أم ولد بل تعتق على غير الاب (مسئلة) وانما تكون أم ولد اذا حملت بملك اليمين فاذا حملت بنكاح أو ولدت بنكاح فلا تكون بذلك أم ولد وقال أبو حنيفة ان اشتراها الزوج بعد ان ولدت فانها تكون به أم ولد والدليل على ذلك أنه سبب عتق لم يحصل لها بالولادة فلم يحصل لها بالشراء كعقد الكتابة والتدبير (مسئلة) وأما اذا حملت بنكاح و ولدت في ملك اليمين كالرجل يتزوج الامة فتحمل منه ثم يشتريها وهي حامل فلا يخلو أن تكون الامة لأبيه أو لغيره فان كانت لأبيه لم تكن به أم ولد لأنه قد أعتق على جده ولم يملكه أبوه وقد قال محمد فيمن اشترى زوجته بعد أن أعتق السيد ما في بطنها ان شراءه جائز وتكون بما تضع أم ولد لأنه انما أعتق ابنه بالشراء ولم يصبه عتق السيد اذ لا يتم عتقه الا بالوضع لأنه يباع عليه في فلسه ويبيعه ورثته قبل الوضع ان شاؤا ان لم يكن عليه دين والثلث يحملها ولو ضرب بها رجل فألقت جنينها فانما فيه ما في جنين أمة ولو كان بعد ان اشتراها الزوج فانما فيه جنين حرة (مسئلة) فان كانت لغير أبيه فانها تكون أم ولد لأنه قد ملك ابنه فعتق عليه فهذا قد حملت به أمه في النكاح ووضعته في ملك اليمين وقال الشافعي لا تكون به أم ولد والدليل على ما نقوله ما تقدم من أنها وضعته في ملك اليمين فكانت به أم ولد كما لو حملت به في ملك اليمين

(الباب الثالث في حكم ما بقي له من التصرف والمنفعة فيها وفي ولدها)

وذلك ان السيد بقي له في أم ولده الاستمتاع وروى ابن المواز عن ابن القاسم ليس للرجل في أم ولده ان يعنتها في الخدمة وان كانت دنيئة وتبتذل الدنيئة في الحوائج الخفيفة مما لا تبتذل فيه الرفيعة وقال القاضي أبو محمد استخدامها فيما يقرب ولا يشق وقال أبو حنيفة والشافعي له فيها الخدمة والاستمتاع

* قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهو الاظهر عندي لأنه المقصود من ملكها وهي باقية على حكم

ذلك الملك وانما منع من تمليكها غيره ووجه آخر وهو انه لاخلاف ان للسيد استخدام ولد أم الولد وحكمهم حكمها لان كل ذات رحم فولدها بمنزلتها فى الرق والحرية فعلى هذا يكون له استخدام الام ووجه ما تعلق به مالك وأصحابه فى نفى استخدامها أنها ممنوعة من بيعها ولا تعتق فى ثلثه فلم يكن له استخدامها كالحرة (مسئلة) وهل له أن يجبرها على النكاح أم لا كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده قال الشيخ أبو بكر انما كره مالك ان يزوج الرجل أم ولده لانه ليس له فيها الا الاستمتاع دون سائر المنافع فكره له أن يزوجها وان رضيت * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى أنه شبهها بالزوجة التى ليس له فيها الا الاستمتاع ولا يجوز لها أن تتزوج مع بقاء ذلك السبب قال ابن حبيب يكره له أن يزوجها الا أن يخاف عليها وبهذا أخذ جميع أصحاب مالك (فرع) فان زوجها فقد قال ابن القاسم فى المدونة لا أفسخه وقال الشافعى فى أحد أقواله لا يجوز له أن يزوجها والدليل على ما نقوله انه ولى لها فجاز انكاحه لها كما لو نفذ عتقها وكل (مسئلة) واختلف قول مالك فى اجبارها على النكاح وقد قال ابن حبيب فى واضحته له أن يكره أم ولده على النكاح واختلف فيه قول مالك وثبت على انه لا يزوجها الا برضاها ووجه القول الاول انها أمة يملك الاستمتاع بها بملك اليمين فملك اجبارها على النكاح كالأمة القن ووجه القول الثانى انها ثبت لها سبب حرية يمنعه رهنها واجارتها فوجب أن يمنعه اجبارها على النكاح كالمكاتبة وقد قال الشافعى بالقولين جميعا (مسئلة) وعلى السيد الانفاق على أم الولد فان أعسر فهل تعتق عليه للاعسار بالنفقة أم لا وفى كتاب الرق لا تعتق عليه وبه قال جماعة من القرويين وقال أبو بكر بن اللباد سألت عنها يحيى بن عمر وقلت له تعمل وتنفق على نفسها قال لى ان لم يكن فى نفقتها ما يكفيها قال يحيى بن عمر أرى أن تعتق قال أبو بكر وكذا قال أشهب ورواه عنه الأندلسيون وقال أبو بكر بن عبد الرحمن تعتق عليه اذا أعسر بالنفقة أو غاب ولم يترك ما لا ينفق له عليها ووجه القول الأول ما احتج به القرويون انها تتوصل الى تحصيل نفقتها مع ابقائها على ملكه بأن تزوج ممن ينفق عليها وبهذا فارقت الزوجة فانها لا تتوصل الى تحصيل النفقة بالنكاح مع بقائها على ملكه ووجه القول الثانى انها بقيت على الرق فجاز أن يزول ملكه عنها بالاعسار كالأمة وأيضا فانه ليس له فيها غير الاستمتاع كالزوجة (فرع) ولو غاب عنها سيدها فلم يترك ما ينفق عليها فقد قال أبو بكر بن عبد الرحمن تعتق عليه ولا يزوجها الحاكم لان زواجها مكروه ولا يؤمر به السيد فكيف يؤمر به الحاكم وقال غيره من القرويين تزوج عليه ان كان غائبا أو يزوجها هو ان كان حاضرا أو عجز عن الانفاق عليها والله أعلم وأحكم

(الباب الرابع فى حكم مالها فى حياته)

فان للسيد أن يأخذ مالها ما لم يمرض لانها باقية على ملكه بقاء تستحق به النفقة ويبيح له الاستمتاع بها فكان له انتزاع مالها أصل ذلك الأمة حال الرق وليس له انتزاع مالها اذا مرض على ما فى المدونة وقال القاضى أبو محمد اذا اشتد مرضه لم يكن له انتزاعه كما ليس له اخراج ماله فى المرض المخوف ابقاء على ورثته لقرب وقت استحقاقهم له كالمعتق الى أجل لسيده أن ينتزع ماله ما لم يقرب الأجل * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله ووجه ذلك عندى أن من تقرر ملكه على مال بموت انسان فانه لا يملك انتزاعه منه فى مرضه كالوارث (مسئلة) وان أفلس السيد ففى المدونة ليس لغرمائه أخذ مال أم ولده ولا أن يجبروا السيد على ذلك وللسيد أن يأخذه لنفسه أو لقضاء دينه ووجه ذلك ان انتزاع مال أم الولد يملك لما يملكه باختياره ليقضى به دينه وذلك مما لا يجبر عليه السيد كقبول الهبة والوصية

(الباب الخامس فى حكمها وحكم مالها بعد موته)

أما حكمها بعد موته فانها تعتق بموته من رأس ماله وان كان عليه دين يحيط بماله فانها حرة وهذا اذا كانت ولادتها قبل وفاته فأما اذا توفى وهى حامل ففى العتبية عن أشهب عن مالك وفى الواضحة عن مطرف أنه ان كان الحمل بينا فقد تمت حرمتها فى الشهادة والموارثة والقصاص وغير ذلك قيل له قد يظهر البطن ويقول النساء هو حمل ثم ينفش فقال اذا ظهر واستوفى تمت حريتها قبل أن تضع رواه ابن القاسم عن مالك وقيل عن المغيرة توقف أحكامها وجه القول الأول ان الموجب لكمال حريتها يتيقن الحمل بها مع موت السيد وقد وجد فوجب أن يحكم بكمال حرمتها ولا يمنع من ذلك ما يجوز من انفشاشه كالحيض يحكم بظهوره على وجه العدة أو الاستبراء بانتفاء الحمل وان كان يجوز وجود الحمل مع وجود الحيض وتكرره ووجه القول الثانى ما تعلق به من أن الحمل قد يظهر ثم ينفش فلا يكون له حكم الحمل الا بالولادة أو الاسقاط فيجب أن توقف أحكامها حتى يوجد أحدهما أو يعدم (مسئلة) فاذا توفى السيد فقال أم الولد تتبع لها لان كل معتق يتبعه ماله لانه خارج من ملك الى غير ملك فيتبعه ماله كالعبد يعتقه سيده وأما ما كان لها من حلى أو متاع ففى العتبية من سماع ابن القاسم انه لها الأمر المستنكر وكذلك ما كان لها من ثياب اذا عرف أنها كانت تلبسها وتستمتع بها فى حياة السيد وان لم يكن لها بينة على أصل العطية ومعنى ذلك عندى أن ما كان فى ابتذالها ولبسها فهو الذى يكون لها منه ما لا يستنكر لان ظاهر لبسها له وابتذالها يقتضى انه عن ملك وأما ما يستنكر مثله مما يعلم انه يقصد به الهبة وانما يقصد به أن تلبسه وتتجمل له فان عرف أن السيد قد وهبه أو غيره أو ملكته بأى وجه فانه يكون لها ما كان وقال أشهب عن مالك فى العتبية ما أعطاها سيدها من حلى وثياب فذلك لها اذا مات وما أودعها من متاع البيت كلفت البينة وان كان ذلك من متاع النساء بخلاف الحرة وأما الفراش والحلى واللحاف والثياب التى على ظهرها فذلك لها يريد ما يعلم أنها تستغنى عنه فى لباسها وابتذالها فذلك لها دون بينة ولا يكون لها غير ذلك من متاع البيت الا ببينة والله أعلم

(فصل) وقوله اذا جنت ضمن سيدها ما بينها وبين قيمتها الضمير فى قوله بينها راجع الى الجناية وفى قوله قيمتها راجع الى أم الولد الجانية يريد انه يلزمه أن يفتديها بالأقل من ارش جنايتها أو قيمتها لانه لما لم يكن له أن يملكها غيره لم يكن له أن يسلمها ولو كانت أمة لكان له أن يفتديها بارش الجناية أو يسلمها بقيمتها لانها بدل منها عند تعذر اسلامها (فرع) واختلف أصحاب مالك فى تقويمها فقال أشهب فى الموازية خالفنى ابن القاسم والمغيرة فى أم الولد وانما عليه قيمتها يوم جنت فرجع ابن القاسم وتمادى المغيرة وانما عليه قيمتها يوم الحكم (فرع) فاذا قلنا انها تقوم فهل تقوم بمالها أو بغير مالها قال ابن المواز عن أشهب عن مالك تقوم بغير مالها ورواه ابن عبدوس عن ابن القاسم وأشهب عن مالك وروى البرقى عن أشهب عن مالك تقوم بغير مالها وأنا أرى أن تقوم بمالها وبه قال المغيرة وعبد الملك وجه القول الأول ان الأمة الجانية اذا لم تسلم لم يملكها المجنى عليه لم يكن للجناية بها تعلق بمالها ألا ترى أنه لو قتل عبد فاقتص منه فان ماله يبقى لسيده ولا خلاف فى ذلك فى قول أصحابنا ولو عفا عن قتله وأسلمه لملك فقد اختلف فيه فقول ابن القاسم مرة قال يتبعه ماله وبه قال عبد الملك وأشهب ومرة قال لا يكون ماله تبعا له فلما كانت أم الولد اذا جنت لم تسلم لم تتعلق الجناية بمالها ووجه القول الثانى ما احتج به المغيرة وعبد الملك أنها لو كانت حية لقومت أمة فأسلمت لاسلمت بمالها فكذلك اذا قومت وجب أن تقوم بمالها (مسئلة) ولو ماتت أم الولد بعد ان جنت فتركت مالا

ففي المجموعة عن ابن القاسم لا شيء للمجروح من مالها لانها لو كانت حية لقومت بغير مالها وقال عبد الملك ان كان مالها عبدا أدى منه الارش فان لم يف لم يكن له غيره وان كان عرضا خير سيدها في فدائه أو اسلامه وكل واحد منهما يبنى على أصله فان ابن القاسم يقول تقوم بغير مالها فلا تتعلق عنده الجناية بمالها وابن الماجشون يقول تقوم بمالها فان الجناية متعلقة بمالها فان عدمت أم الولد فقد بقي مالها والجناية متعلقة به

(فصل) وقوله ليس له أن يسلمها يريد انه ليس له أن يمنع من فدائها ويرضى باسلامها كما يفعل ذلك في الأمة بل يجبر على أن يفتديها على الوجه الذي قدمناه لان في اسلامها تمليكا لها وذلك ممنوع كالبيع والهبة

(فصل) وقوله وليس عليه أن يحمل من جنايتها أكثر من قيمتها يريد ان كانت قيمة جناية أم الولد أكثر من قيمتها لم يلزمه الا قيمة أم الولد دون ما زاد على ذلك من قيمة الجناية وهذا اذا كانت جناية واحدة فان تكررت جناياتها فان تعقب كل جناية الحكم فيها بحكم الثانية وما بعدها حكم الأولى على ما قدمناه وان جنت جنايات قبل القيام عليها ثم قام المجني عليهم ففي المدنية من رواية محمد عن مالك ليس عليه الا قيمتها لجميع الجناية وان كان ارشها مثل قيمة أم الولد عشر مرات ووجه ذلك ان الحكم فيها لما كان حكما واحدا كان حكم جناياتها حكم جناية واحدة ألا ترى ان الأمة لو جنت جنايات لم يكن على سيدها الا أن يسلمها وبهذا قال أبو حنيفة وهذا أحد قولي الشافعي وله قول آخر ليس عليه في كل جناية تجنيها الا قيمة واحدة فان جنت جناية أكثر من قيمتها أدى القيمة ثم ان جنت أخرى تشارك الأول والثاني في القيمة الأولى فرجع الثاني على الأول في حصته منها وكذلك ما جنت والدليل على ما نقوله ان ما قاله يقتضي ان المجني عليه لا يملك الارش أبدا لانها كلما جنت رجع عليه فيما أخذ وهي في غير ملكه والعبد اذا جنى جناية ثانية لم يحمل المجني عليه أولا جناية كالعبد القن (مسئلة) وليس على العاقلة شيء من جناية أم الولد لانها أمة ولا تحمل العاقلة الا جناية الأحرار وقال أبو يوسف ان لم يفتدها السيد أعتقناها عليه وجعلت دية قتيلها على عاقلتها وهذا غير صحيح وانما يعتبر تحمل العاقلة عنها بحالها يوم جنايتها وهي يوم جنايتها أمة وقد أجمعنا على ان الأمة لو قتلت خطأ ثم أعتقت لم تحمل العاقلة دينها (مسئلة) ولا يرجع على أم الولد اذا أعتقت بشيء من جنايتها وذلك اذا أقيم عليها بعد الجناية فحكم على السيد بالقيمة وهي أقل من ارش الجناية ثم عتقت فلا يرجع عليها بشيء لان جنايتها انما تعلقت بعينها دون ذمتها وأما اذا جنت جناية فقبل أن يقوم المجني عليه توفي سيدها فعتقت بموته ولها مال قال ابن كنانة في المدنية وان كان لها مال ولا مال للسيد لم يؤخذ منها شيء قد وجب على السيد ولم يبين هل قيم على السيد أم لا

﴿ القضاء في عمارة الموات ﴾

ص ﴿ يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق * قال مالك والعرق الظالم كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق * مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال من أحيا أرضا ميتة فهي له * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا ﴾ ش ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من أحيا أرضا ميتة فهي له احياء الأرض في هذا الحديث والله أعلم عمارتها وموتها تبورها وعدم

﴿ القضاء في عمارة الموات ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق قال مالك والعرق الظالم كل ما احتفر أو أخذ أوغرس بغير حق * وحدثني مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر ابن الخطاب قال من أحيا أرضا ميتة فهي له * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

الانتفاع بها على وجه الزراعة والحرث والبنيان وقد يستعمل موت الأرض بمعنى عدم سقيها وتعذر نباتها وحياتها سقيها وظهور نباتها قال الله تبارك وتعالى فانظر الى آثار رحمة الله كيف يحيي الأرض بعد موتها ان ذلك لمحيي الموتى وهو على كل شيء قدير وقد قال أبو حنيفة كل ماقرب من العمران فليس بموات ومابعد منه ولم يملك قبل ذلك فهو موات وروى ابن سحنون عن ابن القاسم ان ماقرب من العمران لايدخل في الحديث فيحتمل أن يريد ان اللفظ عام فيمن أحيا مابعد وقرب نخص منه من أحيا ماقرب بدليل ظهر اليه فثبت بذلك ان المراد به مابعد و يحتمل أن يريد ان لفظ الأرض لما ورد منكرا لم يقتض العموم وانما أريد به مابعد دون ماقرب ويحتمل قول أبي حنيفة الوجهين وأنكر سحنون قول ابن القاسم هذا وقال المعروف انه لايجوز احياؤه الا باذن الامام وعندي أن قول ابن القاسم هذا يحتمل ماروى عنه سحنون من قوله المعروف وقد روى ابن سحنون عن أبيه قال مالك معنى الحديث في فيافي الأرض ومابعد من العمران وهذا القول يحتمل من التأويل مايحتمله قول سحنون فثبت بذلك ان الذي أنكره سحنون حمل قول ابن القاسم على انه لايجوز الاحياء فيما قرب من العمران وان أذن فيه الامام على وجه التمليك بالاحياء وان جاز أن يملكه الامام على وجه الاقطاع وقد روى سحنون عن مالك وابن القاسم ماقرب من العمران لايحييه الا بقطيعة ونحوها روى عن ابن نافع والله أعلم وأحكم وقال الشافعي مالم يملكه أحد في الاسلام ولا عمر في الجاهلية عمارة ورثت في الاسلام فذلك الموات المذكور في الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم من أحياها فهي له يقتضي ظاهره ملكه لها وفي ذلك خمسة أبواب * الأول في صفة الأرض التي تملك بالاحياء * والباب الثاني في صفة المحيي لها وحكمه * والباب الثالث في صفة الاحياء * والباب الرابع في حكم ما أحيي من الأرض ثم مات * والباب الخامس في حكم الارض الموات والابراز في البيع والقسمة وغير ذلك

(الباب الاول في صفة الارض التي تملك بالاحياء)

قال سحنون في المجموعة الارض على ثلاثة اضرب عنوة أو صلح أو مما أسلم عليها أهلها فاما العنوة فما كان فيها من موات وشعار لم تعتمل ولا جرى فيها ملك لأحد فهي لمن أحياها كذلك أرض الصلح ما كان منها مواتا لم يعمل ولا حيز بعمارة فهي لمن أحياها وأما ما أسلم عليها أهلها وملكوها فانها على ما أسلموا عليه وهو تملك على وجهين أحدهما أن تكون محدودة ولها مالك معروف مخصوص والثاني أن تكون من الاودية والمراعي ليست بمحدودة ولها مالك معين وقال في موضع آخر انها لاتملك حقيقة الملك وانما هي للمرافق والمنافع فما كان من أرض الاعراب على غير هذين الوجهين فهي لمن أحياها وعندي ان هذا التقسيم لايحتاج اليه الا لمعنى التفسير لان حكمها فيما ذكره واحد ووجه ذلك ان كل وجه ملكت به الأرض من الوجوه الثلاثة فانما يملك منها ماتقدم ذكر الملك له اما بملك الرقاب على وجه مخصوص أو العموم أو ملك المنافع على الوجه العام وبهذين النوعين منها يتعلق الملك والحقوق دون الفيافي والقفار فمن أحيا أرضا لم يتعلق بها حق لاحد فهي له بالاحياء دون غيره (مسئلة) وما كان من بئر ماشية فلا يغرس أحد عليه غرسا ولا يحيي عليه حقا قاله ابن كنانة في كتاب ابن سحنون وجه ذلك ان بئر الماشية مما يملك أهله الانتفاع به وما ملك قوم الانتفاع به على وجه خاص أو عام فليس لأحد أن يبطل حقهم منه بالاحياء كالمراعي التي قد ذكرناها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالموات على ضربين ضرب يبعد من العمران وضرب يقرب فاما ما بعد من

العمران فقد قال مالك يحييه بغير اذن الامام خلافا لأبي حنيفة في قوله ليس لأحد أن يحيي مواتا من الأرض الا باذن الامام وقد رواه يحيي عن ابن نافع والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة فهي له وهذا عام فيحمل على عمومه ودليلنا من جهة المعنى ان هذه أرض لا يتعلق بها حق لغير المحيي فلم يحتج في احيائها الى اذن الامام كالو ملكها المحيي (فرع) فان عمرها بغير اذن الامام ففي كتاب ابن سحنون عن مالك ما علمت اختلافا بين أهل العلم من أحيا أرضا ميتة بعيدة من العمارة بغير اذن الامام ان ذلك له وفي كتاب ابن مزين عن ابن نافع ان عمره بغير اذن الامام فهو له وقال في العتبية يقتطع الموات البعيد فيحييه بغير اذن الامام ينظر فيه الامام فان رأى أن يقره أقره وان رأى أن يخرجه أخرجه (مسئلة) وأما التي تقرب من العمران فلا يحييها أحد الا باذن الامام رواه سحنون عن مالك وابن القاسم عن أشهب خلافا للشافعي في قوله يحييها من شاء بغير اذن الامام ورواه ابن عبدوس عن أشهب قال سحنون وبه قال كثير من العلماء من أصحابنا وغيرهم والدليل على ما نقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم وليس لعرق ظالم حق والذي يحيي بقرب العمران قد يظلم في احيائه ويستضر الناس بذلك لتضييقه عليهم في مسارحهم وعمارتهم ومواضع مواشيهم ومرعى أغنامهم فاحتاج الى نظر الامام واجتهاده في ذلك قال سحنون في المجموعة وقد أقطع عمر العقيق وهو قرب المدينة واحتج أشهب في المجموعة لقوله بان ذلك مقتضى قوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا مواتا فهي له وذلك عام فيما قرب أو بعد وانما يستحب له ذلك لا فيما قرب من العمران لئلا يكون فيه ضرر على أحد (فرع) اذا قلنا انه لا يحيي الا باذن الامام فأحيا رجل أرضا قريبة من العمران بغير اذن من الامام فقد قال مالك وابن الماجشون ومطرف ليس له ذلك فان فعل نظر الامام فان رأى ابقاءه له فعل وان رأى أن يزيله ويعطيه غيره أو يبيعه للمسلمين فعل وقاله ابن القاسم ورواه عن مالك وقال أصبغ ان أحياه بغير اذن الامام أمضيته له ولم ينقض رواه ابن حبيب وروى ابن سحنون عن ابن القاسم انه لا يكون له ذلك بوجه وفي المدنية من رواية يحيي عن ابن القاسم فيمن عمره لا يكون له بغير قطيعة من الامام وقد روى سحنون عن مالك لا يحييه أحد الا بقطيعة من الامام فيحتمل قول ابن نافع هذا المعنى من يملكه بالاحياء ويدل على هذا التأويل انه قال ما بعد عن الامام فلا يعمر الا بأمر الامام وما قرب من الامام لا يكون لأحد بغير قطيعة من الامام ففرق بين الأمر والاقطاع والله أعلم وأحكم وجه القول الاول انه لما كان للامام منعه بما في ذلك من الضرر على المسلمين وانه لا يستحق ذلك الا اذا أباحه له لكونه أصلا له ولا ضرر فيه على غيره فكذلك اذا تعدى وعمره بغير اذن الامام لكون النظر فيه للامام باقيا ولا يخرجه بتعديه فيه وسبقه اليه عن نظر الامام واجتهاده ووجه قول أصبغ يقتضي مذهب أشهب انه يستحب مشاورة الامام واستئذانه الا ان ذلك شرط في صحة تملكه ووجه قول ابن القاسم هذا ان من أهل العمران متعلق به فليس للامام أن يأذن في احيائه ولذلك قال ما قرب من العمران لا يدخل في الحديث (فرع) فاذا قلنا ان للامام أن يزيله عنه فقد قال مطرف وابن الماجشون يعطيه قيمة عمله منقوضا أو يعطيه اياه بعد أمره بقلعه وهذا يقتضي انه متعد بالعمل فيه وان للامام أن يأخذه لجماعة المسلمين فيعطيه قيمة نقضه من بيت المال أو يصرفه الى رجل من المسلمين فيعطي قيمة النقض من بيت مال المسلمين أو يعطيه ذلك من صرف المالك اليه من ماله وهذا القول مبني على ان الامام ينظر في أمرين أحدهما أن يكون الموضع لا مضرة في احيائه والثاني أن يكون المحيي لا يستضر أهل العمارة

به أو يكون هو أصلح لهم من غيره فلذلك كان للامام اذا أحيا بغير اذنه أن يصرفه الى غيره ممن لا يستضر بمجاورته أو ممن يكون أحسن مجاورة منه (فرع) ومن أحيا أرضا فى الفيافى فليس لغيره أن يحيي بالقرب منه الا باذن الامام قاله سحنون فى المجموعة قال لأنه قد صار بالاحياء عمرانا فلا يعمر بقربه الا باذن الامام (مسئلة) اذا ثبت ذلك فاحد القرب والبعد المذكورين قال سحنون فى كتاب ابنه ما رأيت من وقت فيه من أصحابنا وما كان من العمارة على يوم وما لا تدركه المواشي فى غدوها ورواحها فأراه من البعيد وأما ما تدركه المواشي فى غدوها ورواحها أو أبعد من ذلك قليلا مما فيه الرفق لأهل العمارة فهو القريب يدخله نظر السلطان فلا يحيا الا باذنه وقال أبو يوسف الحد فى ذلك أن يصيح الصائح من طرف العمران فلا يسمع من بالموضع الآخر صوته وما قاله سحنون أظهر لان الاعتبار فى ذلك انما هو بارتفاق أهل العمران بالمسرح والمحطب دون سمع الصوت والله أعلم وهذا القول لابن القاسم فى كتاب ابن سحنون (فرع) وبماذا ينظر فيه الامام قال ابن سحنون عن أبيه يجتهد فيه الامام ويشاور فيه أهل القرى وقال فى موضع آخر عن ابن القاسم ينظر الامام مما كان قرب العمران فان كان فيه على أهل القرى ضرر فى مسرح أو مرعى أو محطب ونحوه منع منه وان لم يكن فيه ضرر أمضاه وقد تقدم من قولنا انه ينظر مع ذلك من هو أصلح مجاورة والله أعلم وفى المدنية فى غنى اقتطع مواتا بعيدا فأحياه بغير أمر الامام ينظر فيه الامام وان أحيا فيما يقرب من العمران بغير أمره وكان هناك من هو أحوج اليه منه منعه اياه وان لم يكن ثم من هو أحوج اليه أقره فى يديه ولا بأس أن يقطع الامام الاغنياء اذا كان قد أقطع الفقراء ما يكفيهم فاعتبر بالغنى والفقير ولعل هذا الاعتبار مقصور على الاقطاع دون الاحياء لان الاحياء لا يملك به الارض الا بالارتفاق والعمل فالغنى أقدر عليه والاقطاع يملك الارض دون عمل ولا نفقة فالفقير أحوج اليه من الغنى والله أعلم

(الباب الثانى فى صفة المحيي للارض وحكمه)

وذلك ان المحيي للارض فى بلاد المسلمين لا يخلو أن يكون مسلما أو ذميا فان كان مسلما فحكمه ما تقدم وان كان ذميا ففى المجموعة عن ابن القاسم هى له لما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من أحيا أرضا ميتة فهى له الا أن يكون ذلك فى جزيرة العرب لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبقين دينان بأرض العرب (فرع) فاذا ثبت ان الذمى يحيي فى بلاد المسلمين فان ذلك فيما بعد من العمران فاما فيما قرب من العمران فانه يخرج عنه ويعطى قيمة ما عمر لان ما قرب من العمران بمنزلة الفىء والذمى لا حق له فى الفىء وكذلك ان عمر فى جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن فانه يخرج منها ويعطى قيمة عمارته قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وفى هذا القول نظر فانه ان كان ما قرب من العمران حكمه حكم الفىء فانه لا يجوز لأحد تملكه واقتسامه ولا بيعه ولا شراؤه لان هذا حكم الفىء من الأرض عند مالك ويلزمه على هذا القول أن لا يصح احياؤه من العبد والمرأة لانهما ليسا من أهل الفىء ولا يصح ممن لم يفتتح ذلك البلد لانه ليس من أهل ذلك الفىء ولو قال قائل ان حكمه فى ذلك حكم المسلمين لم يبعد كما أن حكمهم حكم المسلمين فى احياء ما بعد * قال القاضى أبو الوليد والأظهر عندى على قول مطرف وابن الماجشون ان يكون معناه ان الامام لو استأذنه فى ذلك لم يكن له أن يأذن لان الامام اذا نظر فى ذلك فانما ينظر فيه للمحيي ولعامة المسلمين فاذا لم يكن على جماعة المسلمين فى ذلك مضرة فمن حق المستأذن أن يأذن له وان كان عليهم فى ذلك مضرة فمن حقهم

أن يمنعه وفى احياء غير المسلمين ماقرب من مواطنهم وعماراتهم مضرة فلا يجوز للامام أن يأذن له فان تعدى وعمر بغير اذن نظر للمسلمين باخراجه منه بأن يعطيه قيمة نقضه من بيت مال المسلمين أو من مال من يصرف اليه أو يؤمر بفعله ولا تسوغ المشاركة ان لم يأخذه لأحد ورأى المصلحة للمسلمين فى منع احيائه والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث فى صفة احياء الأرض)

قال مالك فى المجموعة وكتاب ابن سحنون احياء الارض أن يحفر فيها بئرا أو يجرى عينا ومن الاحياء غرس الشجر والبنيان والحرث فما فعل من ذلك فهو احياء وقاله ابن القاسم وأشهب وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان الاحياء حفر الآبار وشق العيون وغرس الشجر وبناء البنيان وتسييل ماء الردغة من الارض وقطع الحياض والفحص عن الارض بما تعظم مؤنته وتبقى منفعته حتى يصير مالا يعتد به فهذا وما أشبهه احياء (مسئلة) وأما الرعى فلا يكون احياء قاله ابن سحنون عن ابن القاسم وأشهب وجميع أصحابنا وقد قال أشهب من نزل أرضا فرعى ماحولها فهو أحق بها من غيره وذلك احياء وجه قول ابن القاسم انه ليس له أثر باق فى الارض لان هذه حال سائر الارضين المبورة فلا يكون احياء كالمبتنى فيها واحتج أشهب فى كتاب ابن سحنون بأنهم قد رعوا وينتظرون ان يرعوا واحتج فى المجموعة بالمعدن يحوزه رجل بالعمل فيه فانه له ما أقام عليه فكذلك هذا وان لم يعجب سحنون قول أشهب والله أعلم وأحكم (مسئلة) وليس حفر بئر الماشية احياء قاله ابن القاسم وأشهب ووجه ذلك أن هذا لا يعمل لمعنى احياء الارض وانما يعمل لمنافع الماشية كالراعى (مسئلة) وليس التحجير احياء قاله ابن القاسم فى المجموعة وغيرها ووجه ذلك أن التحجير ليس فيه احياء للارض ولا منفعة وانما هو منع لغيره من التصرف فيها والا فهى باقية على صفتها قبل التحجير (فرع) اذا ثبت ذلك فمن يحجر أرضا لغيره من العمران فقد قال أشهب لا يكون أولى بها حتى يعلم انه يحجرها ليعمل فيها الى أيام يسيرة لم يمكنه العمل ليبس الارض أو لغلاء الاجر ونحو هذا من العذر الذى يؤخر له الناس فذلك له وأما من يحجر مالا يقوى عليه فله منه ما عمر قال أشهب فى المجموعة وقد روى عن عمر فيمن حجر أرضا ولم يعمرها انه ينتظر به ثلاث سنين وأراه حسنا

(الباب الرابع فى حكم ما أحيي من الارضين ثم مات وعاد الى ما كان عليه)

الارضون على ضربين ضرب يفتتح ملكه وضرب يتملك عن مالك فأما ما افتتح ملكه فعلى قسمين أحدهما اقطاع الامام والثانى الاحياء فأما ما ملك باقطاع من الامام ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن أقطعه الامام أرضا بقرب العمران كانت له وان لم يعمرها ويبيع ذلك ان شاء ويورث عنه وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى الذى يقطعه الامام أرضا فلم يقو على عمارتها له أن يبيعها ويتصدق بها مالم ينظر فى عجزه عنها فيقطعها غيره ووجه قول ابن القاسم ان الاقطاع عنده معنى التمليك الثانى الذى لا يفتقر الى عمارة كالبيع والميراث ووجه القول الثانى ان الاقطاع انما هو اذن فى الاحياء ومن شرط ذلك العمارة فأما ما افتتح ملكها بالاحياء ففى المجموعة عن ابن القاسم انه بلغه عن مالك فيمن أحيا أرضا ميتة ثم تركها حتى عفت آثارها وهلكت أشجارها وطال زمانها ثم أحياها غيره انها للثانى وقال سحنون من أحيا أرضا مواتا فقد ملكها ولا تخرج من يده لتعطيله لها وان عمرها غيره فالاول أحق بها وجه القول الاول ما احتج به ابن عبدوس


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

لكثرة بور ترعى فيه غنمهم و يحتطبون فيه ليس لهم قسمته و يبقى مرعى لهم وللمارة و روى عنه ابن سحنون انهم اذا أرادوا قسمته قسم بينهم وكلا القولين مبنى على ما تقدم (فرع) فاذا قلنا يقسم بينهم فانما يقسم على عدد القرى و يعطى كل قرية مما يليها يسوى بين الصغيرة والكبيرة بالسواء الكريم بقيمته واللئيم بقيمته رواه ابن سحنون عن ابن القاسم وابن حبيب عن ابن الماجشون وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا اذا كانت القرى متصلة بالشعراء والابوار فان حال بينهما جبل أو صخرة أو نهر عظيم فان ذلك يمنع أن يكون لهم فيه حظ الا أن يقوموا ببينة بالملك رواه ابن سحنون وابن حبيب عن ابن القاسم وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون يدخل معهم أهل القرية التى حال بينها نهر أو جبل أو صخرة أو خرب لا تحرث واختاره ابن حبيب قال سحنون فلو قال ابن الماجشون ان السلطان يقطعهم اياه بينهم لئلا يضر بهم من يحييه من غيرهم لكان وجها وقد خلط فى بعض قوله فقال فادعى أهل القرية التى خلف النهر والصخرة ان لهم فى الشعراء حقا معهم وقد قال أهل القرى ان الذين تصير لهم من ناحية منزلهم صادف كرما أو دناءة قال سحنون فصار هذا كاقرار منهم (مسئلة) واذا كانت الشعراء تلى القرية و يقطع بين الشعراء و بين قرى أخرى ترعى فيها مواشيهم فأهل القرية التى تليها أحق بها رواه ابن سحنون عن ابن القاسم قال و يقتسمه أهل تلك القرية على قدر أملاكهم فى القرية يقتسمونها بالقسمة أو السهم وهكذا ذكر أصحابنا فيما يقتسمه أهل القرية فى الشعراء انهم يقتسمونها على قدر أملاكهم فيها وما يقتسمه أهل القرى فانه يقسم بينهم صغرت القرية أو عظمت (فرق) والفرق بينهما ان أهل القرى انما يستحقون الابوار والشعارى و يشتركون فيها على وجه المسارح والمفارق بنسبة الجهات والى ذلك يرجع بعد القسمة وذلك بمعنى تتساوى فيه القرى فقد يكون لاهل القرية الصغرى من الماشية أمثال ما للقرية الكبرى فلا يمنع من ذلك أهل القرية الصغرى لصغر قريتهم ولا يرجع عليهم أهل القرية الكبرى بشئ لعظم قريتهم وليس كذلك أهل القرية الواحدة فانما يستحقون أوبارها وشعارها بسبب أملاكهم و ينفرد كل واحد منهم بحقه منها بالقسمة و يتصرف فيه بأى وجه شاء من عمارة أو غيرها فيكون له حكم ملكه فلذلك روعى فيه قدر حقه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وليس لعرق ظالم حق فسره مالك فقال ان العرق الظالم ما احتفر أو اتخذ أو غرس بغير حق قال عروة و ربيعة العروق أربعة عرقان فوق الارض وهما الغرس والبناء وعرقان فى جوفها المياه والمعادن وقال عروة والباطنان البئر والعين قالا فكل من عمل شيأ من ذلك فى حق غيره فهو من ذلك

(فصل) وقوله ليس له حق يحتمل أن يريد به صلى الله عليه وسلم ليس له حق البقاء فمن غرس أو بنى ظالما فى ملك غيره ليس له أن يبقيه وكان لصاحب الملك أن يأمره بقلعه أو يخرجه منه بأن يدفع اليه قيمة غرسه مقلوعا وقيمة بنيانه منقوضا فما له قيمة وما لم يكن له قيمة كان لصاحب الملك أن يبقيه على ملكه دون عوض يعوضه منه و يحتمل أن يريد صلى الله عليه وسلم ليس له حق بملك ولا انتفاع و يكون المراد به فى العيون والآبار وذلك ان من حفر بئرا أو أنبط عينا فى ملك غيره فانه ليس له أن يملكه و ينتفع به ولصاحب الملك أن يجبره على اعادته على ما كان عليه أو يتملكه و يعطيه قيمة ماله قيمة بعد ازالته واذا كان لفظ الحق يحتمل الأمرين جاز أن يحمل عليهما على ما قاله عروة بن الزبير و ربيعة بن أبى عبد الرحمن والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في المياه ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سيل مهزور ومذينب يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل ﴾ ش قال عيسى بن دينار وسحنون مهروز ومذينب واديان بالمدينة زاد سحنون وليس ملكهما لاحد كانا يسقيان بالسيل فاذا أتى السيل سقى الاعلى حائطه ثم الذي يليه وذلك ان المياه التي تسقى على ضربين ضرب لا يملك أصله كالسيول ومياه الأمطار وضرب يملك أصله كالعيون والآبار فأما ما يملك أصله فلا يخلو أن يكون طريقه في أرض مباحة أو في أرض يملكها رجل معين أو في أرض يملكها رجال معينون فأما ما كان طريقه في أرض لا تملك مثل المياه التي تسيل من شعاب الجبال وبطون الأودية كمهروز ومذينب فتسيل مياههما في أرض مباحة غير متملكة الى أرض من يسقى بهائم يتصل جريها في مثل ذلك ويحاذي مجرى الماء في احدى جانبيه أو في جانبيه جميعا مزارع وحدائق للناس ويسقون به فهذا حكمه أن يسقى به الأعلى فالاعلى وذلك اذا كان احياؤهم معا أو احياء الأعلى قبل الأسفل وهو معنى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم والى هذا ذهب مالك وأصحابه قال ابن نافع وهذا حكم النيل أيضا فان احيا رجل ماء سيل ثم أتى غيره فأحيا فوقه ما هو أقرب الى أعلى سيل منه وأراد أن ينفرد بالماء ويسقى به قبل الأسفل الذي أحيا قبله وذلك يبطل عمل الثاني ويتلف غرسه وزرعه فقد قال سحنون اذا كان بعض الأجنة أقدم من بعض فالقديم أحق بالماء ووجه ذلك ان استحقاقه للماء قد تقدم فليس لغيره أن يبطل حقه منه بما يحدثه بعد ذلك (فرع) فان كانت الجنتان متقابلتين فما حكمه أن يكون الأعلى بالأعلى فقد قال سحنون في كتاب ابنه يقسم بينهما الماء وجه ذلك تساويهما في وجه الاستحقاق فان كان الاسفل مقابلا لبعض الأعلى حكم لما كان أعلى بحكم الأعلى ولما كان منه مقابلا بحكم المقابل (مسئلة) وان كان جرى الماء في أرض رجل معين فقد قال سحنون ما كان من سيول المطر في أرض الناس المعروفة فلكل واحد منهم أن يمنع ماءه ويحبسه في أرضه قل أو كثر ولا يرسل منه شيأ الى من تحته الا أن يشاء ووجه ذلك انه بدخوله في أرضه قد صار أحق به من غيره وانما يتنازع فيه قبل دخوله في أرض أحد فأما ما سال في أرضه فهو حق له فله منعه ان شاء وبالله التوفيق (مسئلة) وأما ما كان سيله في أرض يملكها قوم معينون مثل أهل النهر يجتمعون على اخراج ماء منه فيحملونه في أرضهم أو في أرض مبورة ملكوها الشق ساقيتهم فيها وذلك نوع من الاحياء فان هؤلاء أحق بمائهم وهم فيه سواء في حكم التقويم لا يقدم الأعلى على الأسفل وانما يقتسمونها بما يقتسم به الماء الذي يملك أصله وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وأما ما يملك أصله كالعيون والآبار فقد قال سحنون ان هؤلاء يقتسمون ماءهم على قدر ملكهم بالقلد ولا يقدم أحد على أحد ولكن يأخذ كل واحد ماءه يصنع به ما شاء ووجه ذلك ان رقبة العين والبئر ملك ولكل ذي حظ فيها الانتفاع بحظه والتصرف فيها بما شاء من بيع أو هبة أو غير ذلك ومن المجموعة عن ابن القاسم وأشهب في أرض هي مقسومة بين قوم ولهم شرب فأراد أحدهم أن يصرف حصته من الشرب الى أرض له أخرى ان له ذلك عطل حصته من الأرض أو لم يعطلها قال الشيخ أبو محمد يريد والأرض مقسومة قال لان له أن يمنع ذلك وكذلك يكون له أن يصرف حيث شاء ما لم يمر به في حصة غيره فلا يكون له ذلك الا باذنه وأما اذا كانت الارض مشتركة بينهم على الاشاعة

﴿ القضاء في المياه ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سيل مهزور ومذينب يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الاعلى على الأسفل

فليس لاحدهم أن يصرف حصته من ذلك الماء عنها لان ذلك يضر بعظهم منها والله أعلم وأحكم
(مسئلة) والقلد على أنواع منها أن يؤخذ قدر ويثقب في أسفلها ثقب ويملأ من الماء ويكون قدر أقلهم نصيبا مقدار ما يجري ماؤه على ثقبه تلك فتملأ ولا يزال صاحب الحصة من الماء يأخذ ماء العين كله ويصرفه فيما شاء الى أن يفنى ماء القدر ثم يملأ للذي يليه مرة أو مرتين أو ثلاثة بحسب حصته والله أعلم وقال ابن حبيب تفسير ذلك أن يأخذ الامام رجلين مأمونين أو يتراضى الشركاء بمن شاؤا أو يؤخذ قدر فخار أو غيره يثقب في أسفله بمثقب ثم يرفع المثقب ثم يعلق القدر ويجعل تحته قصرية ويعد ماء في جرار فاذا انصدع الفجر صب الماء في القدر فسال الماء من الثقب فكلما هم الماء أن ينصب صب حتى يكون سيل الماء من الثقب معتدلا النهار كله والليل كله الى انصداع الفجر ثم ينحى القدر ويقسم ما اجتمع من الماء على أقلهم سهما كيلا أو وزنا ثم يجعل لكل واحد منهم قدر يحمل سهمه من الماء ويثقب كل قدر منها بالمثقب الذي ثقب به القدر الأول فاذا أراد أحدهم السقي علق قدره بمائه وصرف الماء كله الى أرضه فيسقي ما سال الماء من قدره ثم كذلك يقسم فان تشاحوا في التبدئة استهموا على ذلك

* وحدثني مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ

(فصل) وقوله يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل اختلف أصحابنا في تأويل ذلك فروى ابن حبيب عن ابن وهب ومطرف وابن الماجشون يرسل صاحب الحائط الاعلى جميع الماء في حائطه ويسقي به حتى اذا بلغ الماء من قاعة الحائط الى كعبي من يقوم فيه أغلق مدخل الماء وقال ابن كنانة بلغنا انه اذا سقي بالسيل الزرع أمسك حتى يبلغ الماء شراك نعليه واذا سقي النخيل والشجر وماله أصل أمسك حتى يبلغ الكعبين وأحب الينا أن يحبس في الزرع والنخل وماله أصل حتى يبلغ الكعبين لانه أبلغ في الري وفي المدنية عن عيسى عن ابن وهب ان الأول يسقي حتى يروى حائطه ثم يمسك بعد ري حائطه فما كان من الكعبين الى أسفل ثم يرسل وروى محمد بن عيسى عن زياد ابن عبد الرحمن عن مالك انه قال تفسيره أن يجري الأول من الماء في ساقيته الى حائطه قدر ما يكون الماء في الساقية الى كعبيه حتى يروى حائطه أو يبقى الماء فاذا روى حائطه أرسله كله قال يحيى بن مزين رواية زياد عن مالك أحسن ما فيه والذي روى مسندا في هذا الباب ما روى ابن جريج حدثني ابن شهاب عن عروة بن الزبير أنه حدثه أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير في شراج من الحرة يسقي به النخل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اسق يا زبير فأمره بالمعروف ثم أرسل الى جارك قال الأنصاري أن كان ابن عمتك فتلون وجه النبي صلى الله عليه وسلم ثم قال اسق ثم احبس حتى يرجع الماء الى الجدر واستوعى له حقه فقال الزبير والله ان هذه الآية نزلت في ذلك فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك الآية فقال ابن شهاب فقدرت الأنصار قول النبي صلى الله عليه وسلم اسق ثم احبس حتى يرجع الى الجدر فكان ذلك الى الكعبين (مسئلة) فان كان بعض الحائط أعلى من بعض فقد قال سحنون يؤمر أن يعدل أرضه وليس له أن يحبس على أرضه كلها الى الكعبين ووجه ذلك أنه قد يكون علو بعض أرضه ما لا يبلغ الى الكعبين الا بأن يعلو في بعضه قامتين ولكن ان تعذرت عليه التسوية سقى كل مكان مستو على حدته ص ﴿مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ﴾ ش قوله لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ قال مالك في المجموعة والواضحة معنى ذلك في آبار الماشية التي في الفلوات لانه اذا منع فضل الماء لم يرع ذلك الكلأ الذي بذلك الوادي لعدم الماء فصار منعا للكلأ وقال

ابن القاسم وأشهب فى كتاب ابن سحنون ان ذلك فى الأرض ينزلها للرعى لا للعمارة فهم والناس فى الرعى سواء ولكن يبدؤن بمائهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان بئر الماشية هى ما حفره الرجل فى غير ملكه على ماء يهده مما يحفره الرجل لماشيته فى البرارى وفيافى القفار فهذه البئر اذا حفرت فانما جرت العادة أن يحفر لشرب ماشيته ويتصدق بما فضل من مائها ويسيحه للناس فاتفق مالك وأصحابه على انه لا يمنع ما فضل عنه من مائه قال مالك فى المدونة لا يباع بئر الماشية ما حفر منها فى جاهلية ولا اسلام وان حفرت فى قرب قال ابن القاسم يريد قرب المنازل اذا كان انما احتفر للصدقة قال ابن القاسم وانما كره مالك بيع ماء بئر الماشية وبيع أصلها وأهلها أحق بمائها فاذا فضل عنهم فضل فالناس فيه أسوة قالوا وأما من احتفر بئرا فى أرضه لبيع مائها أو لسقى ماشيته ولم يحتفرها للصدقة فلا بأس ببيعها فتقرر من هذا ان ما احتفره فى أرضه فالظاهر انها على الملك واباحة البيع حتى يبين انها للصدقة وما احتفر فى غير أرضه للماشية أو للشرب فقط ولم يحفرها لاحياء زرع أو غرس فالظاهر انه احتفرها ليكون المقدم فى منفعتها وللناس فضلها لانه انما يحفرها بحيث لا يباع ماؤها ولا جرت به العادة الا ببذلها فانما ينصرف عملها دون شرط الى المعتاد من حالها وعلى ذلك يحمل وبهذا الحكم يحكم لها (مسئلة) فان بين وأشهد انه يريد به التمليك فلم أر فيه نصا والظاهر عندى أنه على شرطه وبهذا تتعلق الكراهية عندى ويكون بمنزلة من أحيا أرضا فان كان بالبعد وحيث لا يضر بأحد فلا اعتراض فيه عليه وان كان بالقرب وحيث يخشى الاستضرار نظر فيه الامام (مسئلة) وهذا حكم الآبار فأما فى المواجل ففى المدونة قال ما عمل منها فى الصحارى والفيافى كمواجل طريق المغرب فانها كالآبار التى تحتفر للماشية وروى ابن نافع عن مالك فى المجموعة فى جباب البادية التى تكون للماشية لا ينبغى أن يمنع فضل مائها ليمنع به الكلأ قيل له فالجباب التى تجعل لماء السماء قال ذلك أبعد وقال المغيرة من حفر جبا فله منع أن يشرب منه غيره فليس كالبئر ووجه القول الأول أن هذا عمل ليتوصل به الى رعى الكلأ بالماء فاشبه البئر (مسئلة) ووجه القول الثانى ان المواجل ليست مما يتخذ غالبا للمواشى لما فيها من النفقات والمؤن وغالب عملها للتمليك الا من أعلن بالصدقة اذا قلنا انه لا تباع بئر الماشية ولا يباع ماؤها ففى المجموعة عن ابن القاسم عن مالك لا يورث ولا يوهب ولا يباع وان احتاج ولا يريد بقوله لا يورث انه لا يكون ورثة محتفرها أحق بمائها وقد قال ابن حبيب فى معنى قول مالك انها لا تباع ولا تورث وصاحبها الذى احتفرها أو ورثته أحق بحاجتهم من مائها قال وهو قول جميع أصحابنا وروايتهم عن مالك قال عن ابن الماجشون لا تقع فى بئر الماشية المواريث بمعنى الملك ولا حظ فيها لزوجة ولا زوج من بطن على بطن قال ومن استغنى منهم عن حظه من الشرب فليس له أن يعطى حظه أحدا وسائر أهل البئر أولى منه ومن غاب وأوصى بثلث بئر ماشيته لانسان فقد قال أشهب عن مالك ان البئر لا يباع ولا يورث يعنى ان الوصية لا تنفذ فيه لانه وجه من العطية كالهبة قال أشهب فى المجموعة لا يباع بئر الماشية لانه اذا كان فضلها لغيره فقد اشترى من مائها ما يرويه وذلك مجهول (فرع) فاذا قلنا بالمنع من بيع بئر الماشية فظاهره فى المدونة انه على الكراهية لأنه قال انه كره بيع مواجل الطريق وانما كان يعتمد فى ذلك على الكراهية وهى كالآبار التى تحفر للماشية وقال فى الجعل والاجارة ولا أرى بيع ذلك حراما وبه قال الشافعى وظاهر ما فى المجموعة التحريم لانه قال وقال مالك لا يجوز بيع بئر الماشية وهذا الذى حكاه القاضى أبو محمد وقال ابن القاسم وأشهب وابن نافع عن مالك وأما بئر الماشية فمنع فضل مائها لا يجوز فانه من

بيع الكلأ المباح وقال فى المدونة والناس مافضل وعلل ذلك أشهب بأن مايشتريه مجهول وقال ابن القاسم لايباع لان للناس فيه حوائج ويدل عليه نهيه صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء ليمنع به الكلأ وظاهر النهى التحريم وعلى ذلك منع من أن يورث والله أعلم وأحكم ولو كان على ماقال أشهب لجاز أن تورث وتوهب لان الجهالة لاتمنع ذلك * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى أنه انما تنصرف الكراهية الى أن يحفر أولا بمعنى الانفراد به وأما اذا حكم له بحكم الاباحة لفضيلة فانما يجب أن يحمل على التحريم من منعه وهو ظاهر الحديث ومقتضى منع الزوجة والزوج من المشاركة فيه ومنع هبته (فرع) ولم يبدأ بالشرب قال ابن الماجشون ان كانت لهم سنة من تقديم ذى المال الكثير لو قدم على قوم أو كبير على صغير حملوا عليه والا استهموا ووجه ذلك ان من استحق التقديم لسنة استمرت له وان لم يكن منهم من يستحق ذلك أسهم بينهم لأنه السبيل الى تقديم من لايستحق التقديم بغير هذا السبب ولا يستحق عليه (مسئلة) ولأهل البئر قال فى المدونة والمواجل حاجتهم من الماء لايشركهم فيها غيرهم لأن النبى صلى الله عليه وسلم انما نهى أن يمنع فضل الماء وأما قدر الحاجة منه فلم يتعلق به منع فكان لهم بحق اليد واجبا وأما مافضل منه فالناس فيه سواء (مسئلة) وأما ابن السبيل فقد روى ابن وهب عن مالك فى المجموعة لايمنع ابن السبيل من ماء بئر الماشية وقد كان يكتب على من احتفر ان أول مايشرب بهذه الآبار المحدثة أبناء السبيل قال ابن القاسم كل بئر كانت من آبار الصدقة كبئر الماشية وبئر السقيا أن ابن السبيل يشرب من ماء بئر الماشية ولا يمنع من ذلك بعد ان يروى أهلها فان منعهم أهل الماء بعد ريهم لم يكن عليهم دية قراهم لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لايمنع نقع بئر قال ابن القاسم ولو منعوهم حتى مات المسافرون عطشا كانت لهم دياتهم على عاقلة أهل الماء والكفارة على كل رجل منهم كفارة عن كل نفس منهم مع الادب الموجع من الامام وقال أشهب فى المجموعة لابن السبيل ان يشرب ويسقى دوابه من فضل ماء الآبار والمواجل الا أن يكون فيه فضل وقد اضطرت دوابهم اليه والمسافة الى ماء آخر بعيدة فيكون ذلك بينهم أسوة الا أن يكون لاهل تلك المياه غوث أقرب من غوث السفر فيكون السفر أولى به فى أنفسهم ودوابهم وقد كتب عمر بن عبد العزيز فى الآبار التى بين مكة والمدينة ابن السبيل أولى من شرب بها وهو حسن لاضطراره الى ذلك ويتزود منه وليس بأهل القرية مثل تلك الضرورة لقرب غوثهم ومحارم بئرهم وهم مقيمون والسفر راحلون (مسئلة) وأما الماء الذى لأهله بيعه كالبئر يحتفرها الرجل فى داره وأرضه ليبيع ماءها فله أن يمنع ابن السبيل من مائها الا بالثمن الا ان يكون ابن السبيل لاثمن معه وان منع خيف عليه أن لايبلغ الماء فلا يمنع فان منع جاهدهم عليه وان لم يخف عليه ضرر كان لهم منعه والله أعلم

(فصل) وأما مايحدث فى المياه من الحيتان ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فى البركة والغدر والبحيرة فيها الحيتان لايعجبنى أن يبيعها أهلها ولا ينبغى أن يمنعوا تصيدها وروى ابن حبيب عن أصبغ ان ابن القاسم سوى بين الناس فيما كان فى ملكهم أو فى غير ملكهم كالكلأ وقال أشهب فى المجموعة من كانت له عين أو غدير فيها سمك فان كان طرح فيها سمكا فتوالدت فهو أولى به وان كان ذلك جاء مع الطين فليس له أن يمنع من يصيد فيه الا أن يضر به الصيادون وقال فى المجموعة سحنون له أن يمنع مراعى أرضه وحيتان غديره لأن ذلك فى ملكه وحوزه وذلك سواء وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ما كان من ذلك ملكا له وفى حوزه فله منع الناس منه وما

كان فى الانهار والخلج التى لا تملك فليس لمن دنا اليه بسكناه وحقه ان يمنع منه طارئا
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ قيل انه يقتضى النهى عن الذرائع
ومعنى ذلك ان من منع فضل الماء ليتسبب به الى منع الكلأ المباح لا يقدر على رعيه من منع فضل الماء
والمانع فيما يحتاج اليه من الماء يقصد غالبا الانفراد بالكلأ فمنع من ذلك ووجب على هذا على أصل
مالك وأصحابه فى الذرائع ان يمنع منه من قصد الكلأ ومن لم يقصده والله أعلم (مسئلة) وأما
الكلأ فعلى ضربين ضرب فى فيافى الارض وضرب فى العمارة قال مطرف فما كان فى فيافى
الارض فلا يجوز لأحد أن يمنعه غيره ولذلك نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء ليمنع
بذلك الكلأ قال ابن القاسم فى المجموعة انما ذلك فى الفيافى والقفار فتقرر من ذلك انه لا يحمى شئ
من ذلك الكلأ ولو جازت مباشرته بالمنع لما احتاج المانع له أن يمنع فضل الماء ليتوصل به الى منع
الكلأ ووجه آخر أن النهى انما توجه الى منع فضل الماء وأن يتوصل به الى منع الكلأ ولم يتوجه
به الى المنع من فضل الماء وانما تضمن ذلك المنع من الكلأ على الاطلاق وأما ما روى عن النبى صلى الله
عليه وسلم انه حمى البقيع لخيله وان أبا بكر حمى الربذة وان عمر حمى سرف والربذة فان ذلك انما
هو أن يحمى موضعا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة الى ذلك لماشية الصدقة التى يحتاج
اليها والخيل التى يحمل عليها وقد روى عن عمر انه قال والذى نفسى بيده لولا المال الذى أحمل عليها فى
سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا انها البلاد هم قاتلوا عليها فى الجاهلية وأسلموا عليها فى الاسلام
وقد روى ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
لا حمى الا لله ولرسوله يريد والله أعلم انه لا يمنع الناس منها الا ما كان لله تبارك وتعالى كابل الصدقة فلا
يكون ذلك الا فيما ذكرناه من فيافى الارض التى هى لجماعة المسلمين أو من حقوق قوم من العرب
فلا يصح أن يمنعوا منها الا بهذا الوجه وأما منعهم اياها من غيرهم فليس لهم ذلك فيما بينهم ومن عرف منهم
بمرعى لطول مقامه به أو استيلائه عليه واسلامه عليه فقد قال ابن عبدوس ما أسلم عليه القوم من أرض
الاعراب وفيافيهم اذا لم يكن فيها فضل عن رعى ماشيتهم لم يكن لغيرهم من قبائل العرب والناس
الدخول عليهم فيها ولهم منعهم منها وليس لهم بيع ذلك بمنزلة بئر ماشيتهم هم مبدؤن بمائها ويرعى كلئها
ولهم منع فضلها ويدل على هذا قول ابن الماجشون فى بئر الماشية يموت صاحبها انها لورثته لا حق فيها
لزوج ولا زوجة اذا لم تكن من ذلك البطن وقد روى ابن سمعان عن رجال من أهل العلم فى احياء
أهل البادية ينزل بهم قوم يريدون المقام معهم لهم ميل فى ميل لمرعى غنمهم ولقاحهم ومرابط خيلهم
ومخرج نسائهم وكان سحنون يعجبه حديث ابن سمعان هذا وروى عن عمر بن عبد العزيز انه قال
لهم ما تناد راع بحيث لا تبين المرأة ولا يسمع الصوت وهذا يحتمل ان يكون لما تقدم من انهم يملكون
ذلك ملكا غير تام أو يملكون الانتفاع به قال عبد الملك اذا كانت معروفة لحى من العرب فانها
حقهم فلهم منعها وملكهم اياها كالعمرى وهو بخلاف حق من شرى أو أحيا أو ورث أو وهب له
وقال غيرهم ليس ملكهم لها بالتام ويحتمل أن يكون بمعنى الضرر اللاحق بالمجاورة قال سحنون
عن ابن وهب فهذه الاحمية انما كانت فى مثل هذه الاراضى بالبقيع قدر ميل فى ستة أميال ما بين
ميل الى ميلين واستعمل أبو بكر على حماية الربذة قرظة بن مالك وكان ما حمى منها قريبا من خمسة
أميال فى مثلها ولم يزد على ذلك عمر بن الخطاب واستعمل عليه مولاه سلامة وحمى بسرف نحوا مما
حمى بالربذة واستعمل عليه مولاه هنيا (مسئلة) وأما ما كان منه فى القرى ومواضع العمارة فلا

وحدثني عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن انها أخبرته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع نقع بئر

يخلو أن يكون لغير معين كمسارح القرى أو لمعين كأرض رجل بعينه فأما ما كان لغير معين وهو من مسارح القرى فبني على ما تقدم من جواز قسمتها أو منع ذلك فمن جوز قسمتها أجراها مجرى الملك المعين ومن منع اقتسامها أجراها مجرى مسارح الفيافي لا سيما على قول من قال ان أهلها الذين أسلموا عليها أحق بها قال ابن القاسم في المجموعة وأما القرى والارضون التي عرفها أهلها فلهم منع كلئها عند مالك ان احتاجوا اليه (مسئلة) وأما ما كان في أرض رجل معين فلا يخلو أن يكون محظرا عليه أو غير محظر عليه اما ما كان محظرا عليه فقد قال عيسى بن دينار في المدنية له منعه وبيعه وما لم يحظر عليه فلا يجوز منعه الا أن يحتاج اليه لماشيته ودابته وفي المجموعة عن ابن القاسم عن مالك في الرجل له أرض فيها العشب ان له أن يمنعه ان كان له به حاجة والا فليس له ذلك ويخلي بين الناس وبينه وله بيع مراعي أرضه سنة بعد أن يطيب ويبلغ أن يرعى ولا يبيعه عامين قال عيسى بن دينار في العتبية سألت ابن القاسم عن قول مالك وكذلك قال ابن حبيب سألت مطرفا عن قول مالك وان كانت له أرض فله منع كلئها ان احتاج اليه والا فليخل بين الناس وبينه ومن قوله لا بأس ببيع خصب أرضه عامه ذلك اذا بلغ أن يرعى فأي خصب يبيعه للناس وأي خصب يبيعه فقال الخصب الذي يبيعه يمنع الناس منه وان لم يحتج اليه في ماء مرجه وحماه وأما الذي ليس له منعه ولا له بيعه الا أن يحتاج اليه فما كان من خصب فدادينه وفحوص أرضه قال ابن حبيب وسألت ابن الماجشون عن ذلك فساوى بين الوجهين وقال هو أحق بخصب أرضه البيضاء كلها التي يزدرعها ان لم يكن حمى ولا مرج ان شاء باع وان شاء منع أو رعى وانما لا يحل له بيعه ولا منعه ان لم يحتج الى رعايته خصب الفناء من منزله قال أصبغ ورأيت أشهب ينكر رواية ابن القاسم عن مالك ان للرجل منع خصب أرضه وكان لا يجيز بيع الكلا بحال وان كان في أرضه وحماه ومرجه وانما الكلأ كالماء الذي يجريه الله على وجه الأرض فلا يملك ولا يباع وهو لمن أنبته الله في أرضه له أن يحميه لمنافعه فان استغنى عنه لم يكن له منعه ممن احتاج اليه ولا يبيعه الا أن يحتزه ويحتمله كما يفعل الناس في بيعه ولو كان هذا الذي هو في أرضه كان ذلك للامام في أرض العنوة وفرق عيسى بين ما حظر عليه وبين ما لم يحظر عليه من أرضه والفرق بينهما ان ما حظر عليه يلحقه المضرة برعي عشبه والتوصل اليه بافساد حظاره ولذلك قال من كانت له أرض فيها عشب له وحواليها أرض مزروعة له يضر به الدخول الى رعيها من مزارعه لم يكن لأحد ذلك وهذا انما يقتضي المنع من الرعي لا من الاحتشاش وأما المنع من ذلك كله فانما هو لانه يرى انه يملكه بالحظر عليه كما يتملكه بالاحتشاش لكونه في ملكه ويده وفرق في رواية ابن القاسم عن مالك بين مراعي أرضه وبين عشب مزارعه أن مراعي أرضه لذلك اتخذت وأما عشب مزارعه فلم تتخذ لذلك وانما اتخذت عنده للزرع وأما العشب فعلى حكم بئر الماشية ووجه قول أشهب في منع العشب جملة ان أصله الاباحة كالمياه التي هي في أصل مباح وفرق بين المياه في الأرض المملوكة والكلأ في الأرض المملوكة ان الكلأ في الأرض المملوكة ليس من منافعها المقصودة فصارت كظلال الثمار التي ليس لأرباب الثمار منعها والله أعلم وأحكم ص * عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن انها أخبرته ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع نقع بئر * ش قوله لا يمنع نقع بئر قال مالك في المجموعة معناه لا يمنع رهو بئر * قال القاضي رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي منع فضل الماء وقد قال ذلك جماعة من العلماء في الواضحة قال مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع نقع بئر وفي حديث غيره ولا رهوها قال أبو الرجال النقع والرهو الماء الواقف الذي لا يسقى عليه

أو يسقى عليه وفيه فضل قال ابن حبيب قال مطرف عن مالك في تفسير نقع بئر أو رهوها البئر يكون
بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما وأقل من ذلك وأكثر فيسقى أحدهما فيروى نخله وزرعه
في بعض يومه أو يستغنى يومه ذلك عن السقى فيريد صاحبه أن يسقى بمائه في ذلك اليوم ليس له منعه
مما لا ينفعه حبسه ولا يضره بذله وقال مالك وأما أن يكون البئر لأحد الرجلين في حائطه فيحتاج الذى
لا شرك له في البئر الى أن يسقى حائطه بفضل مائها فليس له ذلك الا أن يكون بئره تهورت فيقضى له أن
يسقى بفضل ماء جاره الى أن يصلح بئره و يدخل حينئذ في تفسير الحديث لا يمنع نقع بئر وليس له أن
يؤخر اصلاح بئره اتكالا على فضل ماء جاره قال ابن حبيب وقاله ابن الماجشون وقال لى ابن
عبد الحكم وأصبغ هو قول ابن وهب وابن القاسم وروايتهم عن مالك ومعنى ذلك عندى أن يكون
هذا وجه استحقاقهم للماء بأن يكون من الماء الذى لا يملك أصله ولا مجراه فيسقى به الأعلى فالأعلى فمن
استغنى منهم عن السقى بما يستحق من ذلك كان للآخر أن يسقى به أو يكون لا منفعة في ذلك الماء
الا لسقيها خاصة فاذا استغنى أحدهما عن حصته كان الآخر أولى بالانتفاع بها من تضييعها وليس
لشريكه أن يقول أنا أوثر ضياعها على انتفاعك عندى و يحتمل عندى أن يكون يريد بذلك منع
فضل بئر الماشية على ما تقدم و يحتمل أن يريد به ما فضل من ماء رجل عن زرعه أو حائطه فيسقى جاره
بذلك الفضل بشروط أحدها أن يكون زرع أو غرس على أصل ماء فانهارت البئر أو غارت العين
فاما أن يغرس أو يزرع على غير أصل ماء فليس له أن يسقى بفضل جاره الى أن يصلح بئره رواه عن
مطرف عن مالك و به قال ابن الماجشون وقال ابن عبد الحكم وأصبغ و به قال ابن وهب وابن القاسم
وأشهب وروايتهم عن مالك ووجه ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا يمنع نقع بئر وقد
تقدم من قول أبى الرجال وغيره انه فضل الماء وقد روى لا يمنع رهو ماء والرهو الزائد ومن جهة المعنى
ان المياه مبنية على المواساة ولذلك كان فضل ماء بئر الماشية مباحا ولذلك أمر الأعلى أن يرسل الى
الأسفل ما فضل عن قدر حاجته من الماء ولا يؤمر بارسال ما يمكنه الاستئثار به من سائر المتملكات
فاذا ثبت ذلك كان من دعته ضرورة الى فضل ماء جاره أن يكون أحق به من تضييعه أو بذله لغيره
واذا كانت الشفعة ثابتة في الأملاك لرفع الضرر بسببها وكان أصلها المشاحة فبأن تثبت المواساة
في المياه للضرورة الشائعة فيها مع كونها مبنية على المواساة أولى وليس كذلك من غرس على غير ماء
فانه لم يكن مضطرا وقد قال الشافعى لا يمنع الجار جاره أن يغرز خشبه في جداره اذا لم يكن عليه في
ذلك مضرة بينة و يقضى بذلك عليه فالقضاء عليه في الماء أبين وقد ورد النهى فيهما عاما والله أعلم
(مسئلة) والشرط الثانى أن يخاف على زرعه أو نخله من عدم الماء فان لم يخف على زرعه لم يكن
له في فضل ماء جاره قاله أشهب في المجموعة عن مالك ووجه ذلك انه انما أبيح له ذلك للضرورة فاذا لم
يخف على زرعه فليس بمضطر كالذى يضطر الى الطعام و يجد مال غيره فان له أن يأكل منه ما يصرف
عنه الضرورة وليس له ذلك مع عدم الضرورة (مسئلة) والشرط الثالث أن يفضل ماء
صاحب البئر عن حاجته و يستغنى عنه فان لم يفضل عنه شئ لم يكن له أن يأخذ منه ماءه وهو يحتاج
اليه قاله في المجموعة ابن القاسم وابن وهب وابن نافع وأشهب عن مالك ووجه ذلك انهما اذا تساويا
في الحاجة فصاحب الماء أحق به كحالة الغنى عنه (مسئلة) والشرط الرابع اذا تساويا في
الماء فصاحب الماء أحق أن يشرع من انهارت بئره أو غارت عينه في اصلاحها على حسب المعروف
والامكان فان ترك ذلك واعتمد على السقى من ماء جاره فقد روى أشهب في المجموعة عن مالك ليس له

أن يسقيها ان كانت روت حتى يبلغ وانما ينظر فى هذا الماء الى قدر ما نزل به وقال مطرف فى الواضحة سقى بذلك الى أن يصلح بئره وقاله مالك ووجه ذلك ان هذا انما أبيح له مع الضرورة التى ذكرناها والذى يترك اصلاح بئره واسترجاع مائه غير مضطر وذلك مثل الذى يضطر الى أكل مال غيره لضرورة عدم ما يشتريه لا يباح له أن يقيم ويأكل من مال غيره وانما يباح له أن يأكل منه قدر ما يبلغ به الى موضع الوجود مع شروعه فى ذلك (فرع) اذا ثبت ذلك فهل يقضى على صاحب فضل الماء أن لا يمنعه فى المزنية عن عيسى لا يقضى عليه بذلك ورواه ابن نافع وانما يؤمر به وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك يقضى عليه بذلك لجاره ويجبر عليه وجه قول عيسى ان هذا ملكه فكان له منعه من جاره ليصلح به حاله كدنانيره ودراهمه ووجه قول ابن القاسم الحديث المتقدم قوله صلى الله عليه وسلم لا يمنع نقع بئر ومعناه على ما تقدم فضل مائه

(فصل) فاذا قلنا انه يحكم عليه بذلك فهل يقضى له بثمنه قال فى المدنية روى عنه أصبغ وذلك عندى اذا أتى بالثمن وقال فى رواية غيره بلا ثمن وجه الرواية الاولى فى اثبات الثمن انه عقد تمليك وجب الحكم به لدفع ضرورة فكان ذلك بالعوض كالشفعة ووجه الرواية الثانية فى نفيه انه لما حكم عليه بتسليم الماء دون انتقال ملكه عنه ولا انتقاله اليه كان ذلك بغير عوض كالاستحقاق ولانه فضل ما يقضى به فلم يكن له ثمن كبئر الماشية وقال أشهب فى المجموعة ان كان عنده ثمن فله فضل ما يكون بالثمن وان لم يكن عنده ثمن سقيت له بغير ثمن (فرع) واذا قلنا انه لا يقضى عليه به فقد قال فى المدنية ان باعه كان جاره الذى انقطع ماؤه أولى به بالثمن ووجه ذلك ان انتقال الملك مؤثر فى أن يكون من يدفع به الضرورة أولى به كالشفعة فى الشرك من الأرضين والرباع

﴿ القضاء فى المرافق ﴾

ص ﴿مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا ضرار﴾ ش قوله لا ضرر ولا ضرار يحتمل أن يريد به التأكيد فيكون معنى الضرر والضرار واحدا واختار ابن حبيب هذا القول ويحتمل أن يريد به لا ضرر على أحد بمعنى انه لا يلزمه الصبر عليه ولا يجوز له اضراره بغيره وقال الخشنى الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة ومعنى ذلك والله أعلم ان الضرر ما قصد الانسان به منفعة نفسه وكان فيه ضرر على غيره وان الضرار ما قصد به الاضرار لغيره قال الله تعالى والذين اتخذوا مسجدا ضرارا وكفرا وتفريقا بين المؤمنين ويحتمل عندى أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبه لان هذا البناء يستعمل كثيرا بمعنى المفاعلة كالقتال والضراب والسباب والجلاد والزحام وكذلك الضرار فنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن أن ينفرد أحدهما وغيره بالاضرار بجاره عن أن يقصدا ذلك جميعا وليس استيفاء الحقوق فى القصاص من هذا الباب لان ذلك استيفاء الحقوق أو ردع عن استدامة ظلم وانما الضرار فيما ليس فيه الا مجرد الاضرار بصاحبه فاما الضرر على هذا التأويل فمثل ما يحدثه الرجل فى عرصته مما يضر بجيرانه من بناء حمام أو فرن للخبز أو لسبك ذهب أو فضة أو كير لعمل الحديد أو رحى مما يضر بالجيران فقد قال ابن القاسم عن مالك فى المجموعة ان لهم منعه وقاله فى الدخان قال وأرى التنور خفيفا ووجه ذلك أن ضرر الفرن والحمام بالجيران بالدخان الذى يدخل فى دورهم

﴿ القضاء فى المرافق ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا ضرار

ويضر بهم وهو من الضرر الكثير المستدام وما كان بهذه الصفة منع احداثه على من يستضر به (مسئلة) فاما الرحا فان الذي ينال منها الجيران أمران أحدهما افساد الجدران والثاني صوتها فاما افساد الجدران فان ثبت ان هذا يضر بالجدران يهدمها فانه من الضرر الذي يمنع وأما صوتها فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في الغسال والضراب يؤذي جاره وقع صوتهما انه لا يمنعهما من ذلك فيحتمل رواية ابن القاسم الخلاف في ذلك لانه لم يبين وجه الضرر الذي يمنع منه ووجه القول الاول عندي انما ذلك في الصوت الصغير الذي ليس له كبير مضرة أو يكون في بعض الأوقات ولا يستدام وأما ما كان صوتا شديدا أو يستدام كحوانيت الكمادين تتخذ عند دار الرجل أوحوانيت الصفارين أو الرحا التي لها الصوت الشديد فانه ضرر يمنع منه والله أعلم ووجه القول الثاني انه ضرر يصل اليه في منزله فتعلق المنع به كضرر الرائحة (مسئلة) وأما الدباغ يؤذي جيرانه بنتن دباغه فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون يمنع منه والفرق بينه وبين الصوت على أصلهما ان هذا ضرر دائم فوجب أن يمنع منه كسائر ما يحدث من الضرر الممنوع (مسئلة) ومن ذلك الكنيف يحدثه الرجل فيضر بجدار جاره بما يدخل من الرطوبة والبلل في ملك جاره ووجه ذلك انه أحدث على جاره فسادا في ماله فمنع منه كالهدم (مسئلة) ومن كان له أندر الى جانب جنان رجل يضر به تبنه قال مطرف وابن الماجشون يمنع من ذلك وقال سحنون في العتبية اذا كان الاندر قبل بنيان الجنة لم يغير ووجه القول الاول ان البنيان وان كان محدثا فان لصاحبه أن يمنع صاحب الاندر وان كان قديما يمنع من وقوع تبنه في أرضه كما يمنع ماشية قديمة من الدخول الى أرضه وبالله التوفيق ووجه قول سحنون انها منفعة استحقها بالقدم فلم يمنع منها (مسئلة) ومن رفع جداره فمنع جاره من ضوء الشمس ومهب الريح فقد روى ابن نافع عن مالك في المجموعة لا يمنع من ذلك وقاله ابن القاسم وهو في كتاب البنيان من رواية ابن القاسم عن مالك وقال ابن كنانة الا ان يفعل ذلك ليضر بجاره دون منفعة له فانه يمنع منه ووجه ذلك أن ما فعله في ملكه لم يوجب ادخال شئ مما لم يستثبت منه في ملك جاره ولا يمنعه المنفعة المقصودة من داره فلا يمنع من عمله في أرضه ووجه آخر انه لو جاز ذلك لبطل البنيان لان ما من أحد يبني حائطا في آخر ملكه الا ولا بد أن يمنع الشمس من ملك جاره ويمنع الريح ولما أجمع المسلمون على جواز البنيان وان منع هذا فكان في مسئلتنا مثله (مسئلة) ومن كانت له أرض ملاصقة اندر لغيره فأراد أن يبني فيها ما يمنع الريح عن الاندر ويقطع منفعته قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يمنع من ذلك وروى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم انه يمنع ما يضر بجاره في قطع مرافق الاندر التي تقادم وقال ابن نافع ليس لأحد أن يحدث بقرب الاندر ما يضر بصاحب الاندر وان احتاج الى البنيان وقد قال صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار وقاله سحنون ووجه القول الاول ما احتج به سحنون في العتبية ان للباني أن يبني فان منع هبوب الريح منع كما لو منع هبوب الريح وضوء الشمس من دار جاره ووجه القول الثاني ان المقصود من الأندر هذه المنفعة فليس لاحد أن يقصد منها ما يمنع منها كسكنى الدار (مسئلة) ومن اتخذ كوى وأبوابا يشرف منها على دار جاره وعياله فقد قال مالك وابن القاسم يمنع من ذلك كله * قال مالك وذلك اذا كان ينال بالنظر وقال ابن القاسم في كتاب البنيان اذا كانت من كوى لاحقة بالسقف أو مقاربة له لا يطلع منها لم يمنع من ذلك وأما ما يطلع منه فانه يمنع وقال ابن وهب عن مالك نحوه وزاد لا يكلف الأسفل أن يعلي بنيانه حتى لا يراه ووجه ذلك أن هذه

مضرة أحدثها على جاره فى مسكنه فلزمه ازالتها (مسئلة) ومن بنى مسجدا على ظهر حوانيت له وجعل له سطحا يطلع منه على دار رجل فان بانى المسجد يجبر على أن يستر على سطح المسجد و يمنع الناس من الصلاة فيه حتى يتم الستر ووجه ذلك أن المسجد قد أحدثه البانى ولا يمكن هدمه ولا يمكن من الاضرار بالرجل فعليه أن يستر عليه لانه أحدث الضرر عليه كما لو أحدثه فى داره (مسئلة) ومن بنى غرفة وفتح فيها أبوابا وكوى يطلع منها على قاعة لغيره فأراد صاحب القاعة منعه من ذلك وقال هذا يضر بى اذا بنيت فقد قال ابن الماجشون ليس له منعه وقال مطرف له منعه قبل أن يبنى و بعد أن يبنى ووجه القول الأول ان هذا مما لا مضرة على صاحب القاعة فيه حين بنائه وانما يراعى الضرر حال حدوثه لا ما يؤول اليه بعد ذلك ووجه قول مطرف ان من منافع صاحب القاعة أن يبنى فيها دارا فليس لمن بنى الغرفة أن يحدث عليه ما يمنعه من تلك المنفعة ولا ما يضره فيها (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون ليس له منعه عند احداث الاطلاع انه يطلع منه على موضع لا يستضر بالاطلاع عليه وان بنى فى القاعة دارا لم يكن له أيضا أن يمنعه الاطلاع لانه قد استحق ذلك لقدم اطلاعه قبل بناء داره قاله ابن الماجشون * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وأذكرانى رأيت لابن القاسم أن له منعه اذا بنى وجه قول ابن الماجشون ما تقدم ووجه القول الثانى الذى أوردته لابن القاسم انه لم يكن له منعه قبل البناء لانه لم يمنعه بذلك منفعة أرضه ولا أدخل عليه ضررا باطلاعه فاذا بنى الثانى دارا يضر به الاطلاع كان له منعه بتقدم ملكه (مسئلة) ولا يخلو أن يكون الضرر فيما لا يتزايد أو فيما يتزايد فان كان مما لا يتزايد فقد روى يوسف بن يحيى عن ابن مزين ما كان من الضرر باق على حال واحدة لا يتزايد كفتح الأبواب والكوى وشبهه فانه يستفتحه من أحدثه بطول الزمان وما يحدثه الرجل فيمسك عنه جاره لما يقوم عليه بعد زمان فما كان يتزايد ضرره كالكنيف يحدثه فان شكا جاره الضرر بعد طول زمان فله أن يغيره وكذلك ما يفتحه كمستنقع الماء وكذلك الدباغ ان ضرر ذلك يتزايد فعلى هذا الضرر الذى هو أقدم مما يضر به لا يغير قولا واحدا وما أحدث بعد ما يضر به فعلى قسمين أحدهما أن يترك القيام عليه والمنع منه حتى يطول زمانه ويستحق فما كان منه لا يتزايد أو يتزايد فعلى ما تقدم والقسم الثانى أن يقام بمنعه عند احداثه فهذا لا خلاف فى المنع منه وازالة الضرر به وبالله التوفيق (مسئلة) ومن فتح مطلعا على دار غيره فلما قام عليه سد ذلك فطلب أن يسدها من خلف بابها فقد قال سحنون فى كتاب ابنه ليس له ذلك وليقلع الباب ويسده لان ترك الباب يوجب الحيازة بعد اليوم يشهدون له أنهم يعرفون هذا الباب منذ سنين كثيرة فيصير حيازة (مسئلة) ومن باع دارا وقد أحدث عليه جاره مطلعا أو مجرى ماء أو غيره من وجوه الضرر فماله فيه القيام فقد قال مطرف وابن الماجشون ان كان المانع لم يقم فى ذلك حتى باعها فلا قيام للمشترى فلو كان قد قام نخاصم فلم يتم له الحكم حتى باع بعد القيام فللمشترى أن يقوم ويحل محله وقاله أصبغ وجه ذلك ان ترك من أحدث عليه الضرر القيام فى ذلك حتى باع يقتضى الاباحة وأنه باع على أن ذلك حق قد تخلى عنه لمحدثه واذا باع بعد القيام فيه فقد أظهر انه لم يبح له ذلك ولا أقره عليه وقد باع الدار بجميع منافعها وازالة الضرر من جملة ذلك (مسئلة) ومن كانت فى داره شجرة اذا صعد فيها ليجنيها أطلع على دار جاره فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يمنع من ذلك كانت قديمة أو حديثة بخلاف الغرفة ولكن يؤذن جاره وروى عبد الملك بن الحسن فى العتبية عن ابن وهب نحوه ومعنى ذلك أنه ليس هذا الاطلاع مما يستدام وانما يفعل فى الندرة على وجه الاجتناء

وتحصيل المنافع لا على وجه الاطلاع والنظر كالواطلع على سقفه لاصلاحه
(فصل) وهذا كله فى الضرورة وأما العام فمثل تضييق الطرق وماجرى مجراه فهذا يمنع منه وأما
اخراج العساكر والأجنحة على الحيطان الى طرق المسلمين فقد روى ابن القاسم عن مالك لا بأس
بذلك قال ابن القاسم واشترى مالك دارا لها عسكر فقال الا أن يكون جناحا بأسفل الجدار حيث
يضر بأهل الطريق فانه يمنع منه وقال أبو حنيفة يمنع منه على كل حال والدليل على ذلك انه منفعة
مباحة يحتازها لا مضرة فيها على غيره ولا تضييق لفنائه فلم يمنع من ذلك كضوء السراج وظل الحائط
(مسئلة) ومن بنى بنيانا يطل منه على غيره فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون من بنى
على شرف يطل منه على موردة القرية على قدر غلوة أو غلوتين فان كان لاشراف مكانه فقط لم يمنع
وان وجد عنه مندوحة وكذلك ان أطل من ذلك الشرف على دور جيرانه لم يمنع اذا كان ذلك حال
ذلك الموضع قبل البناء وان كان اطلاعه على الموردة بعليه فتح بابها الى الموردة أو كوى منع ذلك
ووجه ذلك ان ما كان من خلق البارى تعالى وحال بقعة الأرض لم يمنع لانه أمر قد تقادم واستحق وانما
يغير المحدث (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالضرر على ضربين محدث وقديم فأما المحدث فقد تقدم حكمه
وأما القديم فقد قال سحنون فى قناة قديمة فى حائط رجل لا يغير القديم وان أضر بجاره وكذلك قال
فى الأفران توقد للفخارين بين دور قوم ربما شكا جيرانها دخانها ان القديم منها لا يعرض له وقال
ابن القاسم فى المجموعة من كانت له كوة قديمة يضر بجاره لا أمنعه من القديم وهذا كله على نص غير
ماذكر عن مطرف وابن الماجشون فى تبن الأندر فانهما منعا منه ويلزمهما مثل ذلك فى القناة
القديمة فى الحائط والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبى هريرة أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها فى جداره ثم يقول أبو هريرة مالى
أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يمنع جاره
يغرز خشبه فى جداره روى فى المجموعة ابن نافع عن مالك ان ذلك على وجه المعروف والترغيب
فى الوصية بالجار ولا يقضى به وقد كان أبو المطلب يقضى به عندنا وما أراه الا دلالة على المعروف وانى
منه فى شك وروى ابن وهب عن مالك هو أمر رغب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه وقال ابن القاسم
لا ينبغى له أن يمنعه ولا يقضى به عليه وهذا على ما قال الا أن ظاهر الأمر عند مالك وأكثر أصحابه
الوجوب ولكنه يعدل عنه بالدليل وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعى هو على الوجوب اذا لم يكن
فى ذلك مضرة بينة على صاحب الجدار وبه قال أحمد بن حنبل والدليل على ما نقوله ان الجدار ملك
موضوعه المشاحة فجاز له أن يمنع منافعه بغير ضرورة كركوب دابته ولباس ثوبه وقد كان
أبو هريرة يصل بهذا الحديث مالى أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم فيحتمل قوله
ذلك انه كان يحمله على الوجوب ويحتمل انه كان يحمله على الندب لكنه كان يوبخ من كان يترك
اباحة ذلك لجاره ويشح بحقه فكان يجرى الى توبيخه على ترك الأخذ بما ندب النبى صلى الله عليه
وسلم اليه ورغب فيه وكذلك اعراض من كان يعرض عنه يحتمل وجهين أحدهما أن يكون
جماعة من علماء الصحابة كانوا يحملونه على الندب ويعرضون عن حمل أبى هريرة له على
ظاهر اللفظ من الوجوب وان أخذوا به بخاصة أنفسهم وأباحوا ذلك لمن جاورهم رغبة فيما رغب فيه
النبى صلى الله عليه وسلم ومبادرة الى ما ندب اليه ويحتمل أن يكون جماعة من التابعين علموا من أبى
هريرة انه كان يحمله على الندب والترغيب ويعيب من يتركه ولا يعمل به فيعرضون عما يدعوهم

مالك عن ابن شهاب عن
الاعرج عن أبى هريرة
أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم
جاره خشبة يغرزها فى
جداره ثم يقول أبو هريرة
مالى أراكم عنها معرضين
والله لارمين بها بين
أكتافكم

اليه ويؤيرون التمسك بما لم التمسك به ويؤيد هذا التأويل انه لو كان أبو هريرة يرى الزامهم ذلك لحكم به ووبخ الحكام على ترك الحكم به ولم يوبخ الناس على ترك الاباحة لما يلزمهم اباحته لان الحكام لهم اجبارهم ويحتمل عندي على رواية زياد بن عبد الرحمن في القضاء بالممر في أرض الرجل لجاره اذا لم يضر به أن يكون في مسئلتنا مثله فيحمل الحديث على ظاهره والله أعلم وأحكم (فرع) قال مطرف وابن الماجشون وكل ما طلبه جاره من فتح باب وارفاق بماء أو يختلف في طريق أو فتح طريق في غير موضعه وشبه ذلك فهو مثل ذلك لا ينبغي في الترغيب أن يمنعه مما لا يضره ولا ينفعه ولا يحكم به عليه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن أباح لجاره أن يغرز خشبة في جداره فقد قال مالك لا ينزعه الا أن يحتاج الى جداره لأمر لا يريد به الضرر وبه قال ابن القاسم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك ليس له أن ينزعها طال الزمان أم قصر احتاج الى جداره أو استغنى عنه مات أو عاش باع أو ورث ووجه رواية ابن القاسم ان صاحب الجدار أملك بجداره وقد أباح لجاره منفعة كلفه بها مؤنة ونفقة فليس له أن يبطل عليه نفقته وما يمون بمجرد الاضرار به فاذا كانت له حاجة كان أحق بماله ووجه الرواية الثانية ما احتج به مطرف وابن الماجشون انه قد جاء أن لا يمنعه وقد قال مالك ذلك على الحض وروى عن أبي هريرة ما روى واذا أذن له فلا رجوع له والأظهر عندي انها عطية يتكلف من أجلها مؤنة وعمل كالو وعده أن يعيره شيأ أو يعطيه اياه من أجل أن يشتري له شيأ (فرع) وهل يلزم ذلك بمجرد الاذن الظاهر من قول مطرف وابن الماجشون أنه اذا أذن له فقد لزمه لما تقدم من قولهما انه اذا أذن له فلا رجوع له وقالا ان ذلك مختلف فيما أذن فيه مما يقع فيه العمل والارتفاق من غرز الخشب وبناء أساس جدار والارفاق بماء العيون والآبار لمن ينشئ عليها غرسا ويبتدئ عملا مما قلعه ورده كما كان فسادا أو ضررا صغرت المؤنة أو عظمت فلا رجوع له عاش أو مات باع أو ورث احتاج أو استغنى وهو كالعطية وما كان من ذلك لا يتكلف فيه كبير عمل ولا انفاق من فتح باب أو فتح طريق الى مال الآذن أو أرضه أو ارفاق بالشفعة أو لسقي شجر قد سقيت قبل ذلك ثم نضب ماؤها فهذا له الرجوع اذا شاء ويقطع ما أذن فيه وهذا الذي قالاه في فتح الباب وان لم يكن الا فتح يدخل منه ويخرج فصحيح جار على اصلهما قال ابن حبيب وقد قال اشهب وابن نافع مثل قولهما وقال اصبغ ذلك كله سواء عندي ما فيه عمل وانفاق وما ليس فيه شئ من ذلك اذا أباحه وأتى عليه من الزمان ما يعار مثله الى مثل ذلك الزمان فله منعه الا في الغرس فانه لا يمنعه بعد ذلك (فرع آخر) فاذا قلنا ليس له الرجوع فيما فيه انفاق وعمل مع اطلاق الاذن فان شرط الرجوع في ذلك متى شاء فقد قال مطرف وابن الماجشون الشرط باطل لان هذا من شرط الضرر والتغرير بالعامل والاذن نافذ بعد العمل وهو قبل العمل على هذا الشرط غير نافذ ووجه ذلك انه قد فات بالعمل ولم يكن فيه عوض فيرد واما قبل العمل فله أن يرجع عنه لما قرن به من الشرط الذي لا يجوز والله أعلم وأحكم (فرع) وماله أن يرجع عنه لعدم الانفاق فيه مع اطلاق الاذن فاذا قيده بأجل فقد قال مطرف وابن الماجشون ليس له الرجوع عنه قبل بلوغ الأجل ووجه ذلك انه وهب له منفعة مقدرة بزمن فليس له الرجوع في هبته (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فأباح له وضع الخشب اباحة مطلقة من غير تقييد بأجل فقد قال مالك من رواية ابن القاسم وأشهب عنه فيمن أباح لرجل البناء في عرصته ثم أراد منعه قبل أن يبني فله ذلك وقد تقدم من قول مطرف وابن الماجشون ما ظاهره انه ليس له اخراجه وقد لزمه ذلك بمجرد الاذن وجه قول مالك انه

اذن فيماله منعه فكان له الرجوع فيه قبل أن يتعلق حق المأذون له فيه بالعمل أصل ذلك اذا أذن لعبده فى التجارة ووجه قول ابن الماجشون انه اذا أذن له فى عمل يلزمه به التمون والنفقة أصل ذلك اذا قال اشتر هذه الدابة وأنا أسلفك ثمنها (فرع) وأما اذا بنى ثم أراد اخراجه انه ليس له أن يخرجه الا ان أعطاه قيمة ما أنفق وروى الدمياطى عن ابن القاسم ليس له أن يخرجه وان أعطاه ما أنفق وقال أصبغ ليس له أن يخرجه وان أعطاه قيمته قائما واختاره يحيى بن عمر وقال أشهب فى كتبه له اخراجه و يأمره بقلع بنيانه أو يعطيه قيمته منقوضا وجه القول الأول ان العقد غير لازم لانه اذن فى منفعة على ما تقدم ولكنه لما تمون وأنفق تعلق حقه بذلك فليس له أن يخرجه الا أن يجبر عليه ما كان اذنه سببا لاتلافه وجه القول الثانى انه عقد لازم لما اقترن بالوعد من النفقة والمؤنة ووجه القول الثالث انه عقد غير لازم فللآذن أن يرجع فيه متى شاء والمعار مفرط حيث لم يتوثق بضرب الأجل و بهذا احتج أشهب (فرع) واذا قلنا له اخراجه اذا دفع اليه حقه ففى نوادر أبى محمد قال فى المدونة يدفع اليه ما أنفق قال وقال فى موضع آخر اذا دفع اليه قيمة ما أنفق وهذا الذى ثبت فى كتابى فى المدونة وقال سحنون عن المغيرة وابن كنانة يدفع اليه قيمة بنيانه قائما ونحوه قال مطرف وابن الماجشون عن مالك وجه قوله يدفع اليه ما أنفق ان ذلك الذى يمونه لسبب اذنه فكان عليه اذا أراد اخراجه عدم ذلك ووجه القول الثانى انه أتلف عليه قيمة نفقته وأما ما زاد على ذلك تبذيرا وخطأ فلم يجده عليه اذنه ووجه القول الثالث ان البنيان قد ملكه بتمامه بالنفقة والتمون وهو الذى أتلفه عليه باخراجه بعد الاذن فعليه غرم قيمة ذلك (فرع) فاذا قلنا ليس له اخراجه بقرب تمام بنيانه فتى يكون له ذلك قال فى المدونة اذا استكمل ما يرى الناس انه بنى ليسكن مثل هذه المدة لطولها وروى عنه الدمياطى اذا مضى من المدة مقدار ما يعار الى مثله فالمعنيان متقاربان وروى مطرف وابن الماجشون عن مالك ان كل بان وغارس فى أرض قوم باذنهم أو علمهم فلم يمنعوه فله قيمة ذلك قائما كالبانى بشبهة وجه القول الاول ان العارية لا تقتضى تمليك الرقبة وانما تقتضى الارفاق بالمنافع مدة فان لم تكن المدة مقدرة بالأجل رجع فى ذلك الى العرف والعادة وقول مطرف وابن الماجشون مبنى على ما تقدم لهما من أنه ليس له اخراجهما بابطال ما بنياه فعليه أن يعطيهما قيمته قائما كالبانى بشبهة (مسئلة) وأما ان ضرب لذلك أجلا ففى المدونة عن مالك ليس له أن يخرجه قبل الاجل وقبل البناء ولا بعده قال لانك قد أوجبت ذلك له ووجه ذلك انه عقد لازم لما تقرر بالعقد بمنزلة رجل يقول لرجل اسلفك أو أرهنك ولم يقرر السلف ولا الهبة فانه لا يلزمه ذلك ولو قدرها للزمه ذلك اذا علق ذلك بعقد أو عمل فيه نفقة

(فصل) وقوله أن يغرز خشبه فى جداره هكذا تقيد فى كتابى فى رواية يحيى بن يحيى وفى كتاب أبى الحسن الدارقطنى فى اختلاف الموطئات وقال لى أبو عبد الله الصورى سألت أبا محمد عبد الغنى عن ذلك فقال لى كل الناس يقولون خشبه على الجمع غير أبى جعفر الطحاوى فانه قال خشبة على التوحيد والمعنى متقارب والله أعلم وأحكم ص * مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك لم تمنعنى وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلى سبيله فقال محمد لا فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقى به أولا وآخرا وهو لا يضرك فقال محمد لا والله فقال عمر والله

* مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك لم تمنعنى وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر ابن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلى سبيله فقال محمد لا فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقى به أولا وآخرا وهو لا يضرك فقال محمد لا والله فقال عمر والله

ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك ﴾ ش قوله ان الضحاك ساق خليجا
له وهو الماء يختلج من شق النهر والعريض موضع أو نهر بقرب المدينة وكان بين الخليج وأرض
الضحاك أرض لمحمد بن مسلمة فأراد أن يمره فيه فمنعه محمد بن مسلمة فاحتج عليه الضحاك بان قال له
لم تمنعني ولك فيه منفعة تشرب منه أولا وآخرا ولا يضرك يحتمل أن يريد الضحاك أن يمره في أرضه
بهذا الشرط وهو أن يكون له أن يشرب به متى شاء ومثل هذا على وجه المعاوضة لا يجوز لان مقدار
شربه أولا وآخرا مجهول وقد روى ابن سحنون عن أبيه فيمن أعطى رجلا أرض حائط له وترابه
على أن يبنيه الرجل بطوبه ونفقته فاذا اتم الجدار حمل كل واحد منهما عليه ماشاء ان ذلك لا يجوز لان
الحمل ليس الى أجل معلوم ولا ما يحمل عليه كل واحد منهما معلوم ويحتمل أن يريد به ان ذلك
حكم ما يمر في أرضك من المياه ان كان مجرى الماء متصلا بأرضه فيصل في أرضه وهو غير مملوك وانما
كان له مجرى على غير أرض محمد فأراد الضحاك أن يجعل مجراه على أرض محمد ليتوصل بذلك
الى سقي أرضه فيكون محمد أحق به لانه الأعلى وقد قال مالك فيمن له ماء وراء أرض وله أرض دون
أرض فأراد أن يجري ماءه في أرض انه ليس له ذلك ولم يأخذ بما روى عن عمر في ذلك ورواه عنه
ابن القاسم في المجموعة وقال عنه أشهب كان يقال يحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من
الفجور قال مالك وأخذ بها من يوثق به فلو كان معتدلا في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر
رأيت أن يقضي له باجراء مائه في أرضك لانك تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك ولكن فسد الناس
واستحقوا التهم فأخاف أن يطول الزمان وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء وقد يدعي جارك عليك
به دعوى في أرضك وقال ابن كنانة نحوه وروى زياد بن عبد الرحمن انه ان لم يضر به فليقض
عليه بمروره في أرضه وان أضر به منع من ذلك وقال أشهب ان كانت أرضك أحييت بعد احياء
عينه وأرضه كان له الممر في أرضك وأن يجري ماءه فيها الى أرضه بالقضاء وان كانت أرضك قبل
عينه وقبل أرضه فليس في أرضك ممر الى عينه ولا لعينه ممر في أرضك الى أرضه فعلى هذا يحتمل
فعل عمر وجهين أحدهما انه على ظاهره ولمالك فيه ثلاثة أقوال أحدها المخالفة له على الاطلاق
وهي رواية ابن القاسم واختارها عيسى بن دينار وبه قال أبو حنيفة والدليل على صحته ما روى
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحلبن أحدكم ماشية أخيه الا باذنه واللبن يتجدد ويخلفه غيره
والأرض التي يمر فيها بالساقية لا يعتاض منها والثاني الموافقة له على وجه وذلك على وجهين
أحدهما أن مخالفة أهل زمن مالك لأهل زمن عمر في هذا الحكم انما كان لاختلاف أحوال الناس
وان أهل زمنه قويت فيهم التهمة باستحلال ما لم يكن يستحله أهل زمن عمر بن الخطاب وأن حكم ابن
الخطاب تمثل في الأزمنة التي يعم أهلها ويغلب عليهم الصلاح والدين والتحرج عما لا يحل وأن الزمن
الذي يعم أهله أو يغلب عليهم استحلال أموال الناس بغير الحق لوجب أن يحكم فيهم بالمنع من ذلك
لانه قد يطول الأمر فيدعي صاحب الماء الممر في أرض من قضى له بامراره في أرضه فيدعي ملك
رقبة الممر ويدعي فيها حقوقا فيشهد له ما قضى له به وهذه رواية أشهب واختارها ابن كنانة ووجه
آخر وهو يحتمل أن تكون أرض محمد بن مسلمة انما صارت اليه بان أحياها بعد ان أحيا الضحاك
ابن خليفة أرضه وملك ماءه والقول الثالث الأخذ بقول عمر وحمله على اطلاق لفظه وهي
رواية زياد بن عبد الرحمن الأندلسي حكاها الشيخ أبو محمد في نوادره وأصل ذلك ما روى عن
النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ضرر ولا ضرار والضرار ادخال الضرر على الجار دون منفعة

ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك

لمن جوز ذلك الضرر وأنكر الشافعي على مالك انه روى حديث عمر بن الخطاب ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ولم يأخذ به وليس كما أنكر فان محمد بن مسلمة ممن خالفه في ذلك وخالف على منعه ذلك ولو اعتقد انه من حقوق الضحاك بن خليفة لما أقسم على منعه بحضرة عمر بن الخطاب وغيره على اننا قد ذكرنا وجوها من موافقة مالك لعمر بن الخطاب في هذا الحكم ويحتمل أن يكون عمر بن الخطاب لم يقض بذلك على محمد بن مسلمة وانما أقسم عليه لما أقسم تحكما عليه في الرجوع الى الأفضل فقد يقسم الرجل على الرجل في ماله تحكما عليه وثقة بانه لا يحنثه فيبر بقسمه وان كان هو قد أقسم على خلاف ذلك كفر هو عن يمينه اكراما له وايجابا لا سيما اذا دعاه الى أمر هو أفضل مما ذهب هو اليه في الدين والدنيا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول عمر لابن مسلمة والله ليمرن به ولو على بطنك دليل على اعتبار المقاصد دون الألفاظ في الأيمان لانه لا خلاف أن عمر لا يستجيز أن يمر به على بطن محمد وان كان يمينه على معنى التحكم عليه فان محمد بن مسلمة لا يسمح بمثل هذا ولا يتحكم عليه بمثله ويحتمل أن يريد به ولو كنت ممن يخالف حكمي عليك بما أرى انه الحق وحاربت وأدت المحاربة الى مالك واجرائه على بطنك لفعلت ذلك في نصرة الحكم بالحق والأول أظهر والله أعلم وأحكم ص ❊ مالك عن عمرو بن يحيي المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله الى ناحية من الحائط هي أقرب الى أرضه فمنعه صاحب الحائط فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر ابن الخطاب في ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله ❊ ش قوله كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف قال يحيي الربيع الساقية الظاهرة وأراد عبد الرحمن أن يحوله عن مكانه من الحائط الى مكان هو أقرب الى حائطه ليقرب تناوله وتقل مسافته لما يحتاج من اصلاحه فقضى عمر بذلك لعبد الرحمن لما منعه صاحب الحائط وقد روى ابن القاسم عن مالك ليس له ذلك ولم يأخذ مالك بما روى في ذلك عن عمر وروى عيسى في المدونة عن مالك انه لا يرى له تحويله وان لم يكن على صاحب الحائط في ذلك ضرر الآن يرضى به وبه قال أبو حنيفة وروى زياد بن عبد الرحمن عن مالك ان لم يضر ذلك به فليقض عليه بذلك قال ابن نافع وهذا فيما يراد تحويله وقال عيسى بن دينار يقضى عليه بذلك ورواه يحيي عن ابن نافع ووجه القولين على ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقد يريد صاحب الحائط تحويل ساقيته أو طريق لغيره في أرضه الى موضع هو أرفق به وروى عن مالك في أرضين لرجل بينهما طريق فأردت دفع الطريق الى أرضي اذ هو أرفق بي وبأهل الطريق فقال ليس ذلك الآن يكون الشيء القريب كقدر عظم الذراع ولا مضرة في ذلك وقال ابن حبيب قال ابن القاسم ليس لأحد أن يجرى طريقا وان كانت أسهل من الاولى وان أذن بذلك من جاوره من أهل القرى لأنها طريق لعامة المسلمين فلا يأذن فيها بعضهم الا أن تكون الطريق لقوم معينين فيأذنون فيها وقال ابن الماجشون ينظر الامام في ذلك فان رأى تحويلها منفعة للعامة في سهولتها وقربها أو أقرب وسهل فله أن يأذن في ذلك وان رأى في ذلك ضررا على أحد منع منه وان حولها بغير اذن الامام نظر فيه فان رأى ذلك صوابا أمضاه والا رده

❊ حدثني مالك عن عمرو ابن يحيي المازني عن أبيه انه قال كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن ابن عوف أن يحوله الى ناحية من الحائط هي أقرب الى أرضه فمنعه صاحب الحائط فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر ابن الخطاب في ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله

﴿ القضاء فى قسم الاموال ﴾

ص ﴿ مالك عن ثور بن زيد الديلى انه قال بلغنى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما دار أو أرض قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام ﴾ ش قوله أيما دار أو أرض قسمت فى الجاهلية يحتمل أن يريد به نفذت قسمتها فى الجاهلية وهو التأويل الظاهر من تأويل ابن نافع وغيره من أصحابنا ويحتمل أن يريد بها استحقت سهامها فى الجاهلية بان مات ميت فورثه ورثته قبل أن يسلموا فصار استحقاقهم لسهامهم على أحكام الجاهلية بمنزلة القسمة بها يريد صلى الله عليه وسلم ترك الرد لما سلف من عقودهم فى جاهليتهم وامضائها على ما وقعت عليه ولذلك لا يرد شئ من بيوعهم ولا أنكحتهم وان كانت فاسدة بل يصحح الاسلام الملك الواقع بها

(فصل) وقوله وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام يحتمل من التأويل الوجهين المتقدمين والظاهر منه والله أعلم ان ما كان من مال أهل الجاهلية مشتركا فدخل عليهم الاسلام ولم تقسم فهى على حكم الاسلام دون ما كانوا يعتقرونه ويقتسمون عليه فى جاهليتهم مثل ان يرثوا دارا فى الجاهلية فلا يقتسمونها حتى يدخل على جميعهم الاسلام فانهم يقتسمونها على مواريث الاسلام وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ان ذلك فى المجوس والفرس والفرازية وكل من ليس له كتاب فأما اليهود والنصارى فان أسلموا بعد ان ورثوا دارا فانهم يقتسمونها على مقتضى شرعهم يوم ورثوها وروى مطرف وابن الماجشون وأشهب وابن نافع عن مالك ان ذلك فى الكفار كلهم أهل كتاب كانوا أو غير أهل كتاب وبه قال أبو حنيفة والشافعى وجه الرواية الأولى أن أهل الكتاب قد كانت شريعتهم أحكامها ثابتة مشروعة وان كنا لا ندرى ما غير وامنها وقد طرأ عليها النسخ ولذلك كانت أحكام نسائهم فى جواز نكاح المسلمين لهم غير أحكام نساء من ليس من أهل الكتاب ولذلك جوزنا أكل ذبائحهم دون ذبائح غيرهم والمواريث انما يراعى استحقاقها يوم التوارث لا يوم القسمة ألا ترى ان النصرانى اذا أسلم ثم مات لم يرثه أحد من ورثته وان أسلموا بعد ذلك لأنهم غير ورثته يوم وفاته وهو يوم انتقال المال ونتأول الحديث على أن لفظه عام وقد خص بما ذكرناه وانه أريد به من ليس من أهل الكتاب ولذلك ذكر الجاهلية وانما ينطلق ظاهرها على مشركى قريش ونحمله أيضا على ما قدمناه من انه أدرك الاسلام قسمتها بالاستحقاق دون ضرب الحدود وتمييز مواضع الحقوق ووجه الرواية الثانية التعلق بعموم الخبر ولم يخص أهل كتاب من غيرهم (فرع) وهذا اذا أسلم جميعهم فان أسلم بعضهم فقد اتفق مالك وجميع أصحابه على أنه ان أسلم جميعهم الا واحد منهم فان القسمة تكون على أصل حظوظهم ورواه ابن مزين عن ابن نافع وقال بعض شيوخنا ان حكم الاسلام يغلب على حكم الكفر الا فى هذه المسئلة وفى هذا القول نظر لأنهما يوم القسمة كانا كافرين ولولا ان الفقهاء اتفقوا على حمل الحديث على هذا الوجه لساغ أن يقول قائل انه لا يقسم الا على مقتضى شرعهم وان أسلم جميعهم ويحمل الحديث على ان معنى قوله على قسم الاسلام على صفته من الصحة وسلامته مما يفسد البيوع عند من جعلها بيعا وسلامته مما يفسد القسمة عند من جعلها تمييز حق وان تكون مقادير سهامهم واستحقاقهم لها على ما أوجبه شرعهم يوم التوارث وانما عدلنا عن هذا الوجه مع احتمال اللفظ له بل مع كونه الاظهر من

﴿ القضاء فى قسم الأموال ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ثور بن زيد الديلى انه قال بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما دار أو أرض قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام

اللفظ لاتفاق علماء العصر على ماتقدم والله أعلم وأحكم

(فصل) واختلف العلماء فى القسمة هل هى بيع من البيوع أو تمييز حق ولأصحابنا مسائل تقتضى كلا القولين ونحن ننبه عليها عند ذكرها ان شاء الله تعالى وقد قال مالك فى المدونة ان القسمة بيع من البيوع ووجه ذلك أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما صار اليه لأنه ملك حصة صاحبه من الجزء الذى صار اليه بحصته من الجزء الذى أخذه صاحبه وهذه معاوضة ومبايعة محضة ووجه قولنا انها تمييز حق انه غير موقوف على اختيار المتقاسمين بل قد يجوز فيه المخاطرة بالقرعة وذلك ينافى البيع فثبت انها تمييز حق وقد روى أشهب عن مالك فى العتبية والمجموعة فى ثلاثة اخوة ورثوا ثلاثة أعبد فاقتسموهم فأخذ كل واحد عبدا فمات عبد أحدهم واعترف عبد الآخر فمن مات بيده العبد لا يرجع بشئ ولا يرجع عليه بشئ ويرجع الذى استحق فى يده العبد على أخيه الذى بقى عنده العبد فيكون له ثلثه وللذى هو بيده ثلثاه قال أشهب فى المجموعة فلو كانت القسمة كالبيع لرجع من يستحق من يديه العبد على أخيه الذى مات عنده العبد بثلث قيمته ولكن ليس كالبيع فقد قال سحنون القسم ليس كالبيع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال القاضى أبو محمد ان القسمة فى الاصل على ثلاثة أوجه قسمة مهايأة وهى ان يتهايأ الشريكان فيأخذ هذا دارا يسكنها وهذا دارا يسكنها وهذا أرضا يزرعها وهذا أرضا يزرعها فيجوز ذلك بالتراضى وليست بواجبة يجبر عليها من أباها لأن قسمة المنافع ليست بقسمة بيع وقسمة الرقاب قسمة بيع بأخذ أحد الشريكين دارا على أن يأخذ الآخر دارا أخرى فهذه قسمة جائزة لأنها بيع ومحصولها أن باع أحدهما حصته من احدى الدارين بحصة شريكه من الدار الأخرى وهو الوجه الثانى والوجه الثالث قسمة قيمة وتعديل وذلك اذا كانت الداران مختلفتى البناء والبستان المختلف الغراس تختلف قيمة كل شئ منه من نخل وشجر فانها تعدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهام وهذا الذى قاله كله فيه نظر وذلك ان الذى ذكره شيوخنا المغاربة أن القسمة على ثلاثة أضرب قسمة قرعة بعد تعديل وهى التى يجبر عليها من أبى القسمة فيما ينقسم وقسمة مراضاة ومهايأة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضاة من غير تقويم ولا تعديل ولكل واحد من هذه الاضرب أحكام يختص بها (فرع) فأما قسمة القرعة فانها تصح فى المتماثل أو المتجانس وسيأتى ذكر ذلك وشرحه بعد هذا ولا يصح أن يجمع فيها أيضا الثمن لغير علة بل بقدر نصيب كل انسان قاله مالك فى المدونة ووجه ذلك انها على نهاية المشاحة واستقصاء الحقوق واختيار أحدهما أن يكون سهمه الى جانب سهم آخر معين ينافى استقصاء الحقوق (مسئلة) وصفة ذلك أن يقسم العرصة وتحقق على أقل سهام الفريضة فا كان متساويا قسم بالذرع وما اختلف أجزاؤه قسم بالقيمة رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وقال هو قول جميع أصحابنا قال القاضى أبو محمد فربما كان الحد الواحد من أحد طرفى العرصة يعادل حدشق من ناحية أخرى وحكى ابن عبدوس عن سحنون فى الشجر يقوم القاسم كل شجرة ان كان ممن يعرف ذلك والا سأل أهل المعرفة بالقيمة ومن يحبس حمل كل شجرة فرب شجرة لها منظر ولا فائدة لها وأخرى يكثر حملها ولا منظر لها واذا قوم ذلك كله جمع القيمة فقسمها على قدر السهام ثم يكتب أسماء الشركاء فى رقاع ويجعل فى طين أو شمع ثم يرمى كل بندقة فى حقه فمن حصل اسمه فى جهة أخذ حقه متصلا فى تلك الجهة وقيل تكتب الجهات ثم يخرج أول بندقة من الأسماء وأول بندقة من الجهات فيعطى من خرج اسمه نصيبه فى تلك الجهة فهذا الذى ذكره

القاضي أبو محمد وهو قريب مما يقتضيه قول مالك والأظهر من قول مالك أن تكتب الأسماء في رقاع وان اختلفت السهام مثل أن يكون أخوان وأخت قال ابن الماجشون فهذه تقسم الأرض على خمسة أسهم وتضرب بثلاثة أسهم يريد يكتب اسم كل واحد منهم في رقعة وهم ثلاثة قال وقيل يضرب بخمسة أسهم يريد ويكتب اسم كل واحد منهما في رقعتين واسم البنت في رقعة قال والأول أصوب قال الشيخ أبو محمد يريد لان الضرب انما يخرجك الى ثلاثة اسهم والضرب بها يكون ضرربين لا أكثر قال ويستتر ثم يتفق على أن يبدأ بالأخذ منها بأي جهة من الجهات فان اختلفوا أقرع على أي الجهات يبدأ بالأخذ منها فأي جهة خرجت عمل على البداءة بها ثم يؤخر رقعة من تلك الرقاع فمن وجد فيها اسمه أعطي أول نصيب من تلك الجهة بقدر سهمه فقد استوفى حقه وان كان أقل من حقه أضيف اليه حقه ولا سبيل لأحد أن يأخذ شيأ متصلا بالسهم الأول حتى يستوفي هذا حقه لئلا تدخل عليه مضرة تفريق حصته فاذا استوفى حقه هذا تميز حقه وبقي باقي الأرض بين باقي الاشراك فيعمل لهم في باقي الأرض مثل ذلك حتى يتميز حق كل ذي حق منهم وهذا معنى ما في المدونة من قول مالك وابن القاسم وقال محمد بن عبد الحكم وقد قيل ان صاحب السدس لا يكون الا في أحد الطرفين والأول أحب الى قال الشيخ أبو محمد انما هذا اذا كانت القسمة بين ابن وزوجة وهذا الذي أنكره أبو محمد وقد يكون مع الجماعة أيضا اذا كانوا أهل سهم كالعصبة فقد قال مالك في المجموعة في قسم الأرض بين الزوجة والعصبة يضرب لها في أحد الطرفين قال ابن القاسم كان العصبة واحدا أو جماعة قال ابن حبيب لان العصبة كأهل سهم واحد وقال المغيرة في الزوجة مع العصبة انها تعطى حقها حيث خرج في طرف أو غيره قال ابن الماجشون وبهذا أقول فتبين بهذا أن الاختلاف الذي أنكره الشيخ أبو محمد هو اختلاف من قول أصحابنا حيث يتصور الخلاف فان الموضع الذي فسره به لا يتصور فيه الخلاف وانما ثبت الخلاف بما ذكرناه لاختلاف أصحابنا في العصبة هل هم أهل سهم أم ليسوا أهل سهم وقد ذكرته في الشفعة فمن جعلهم أهل سهم جمع سهامهم في القرعة وأفرد عنهم من ليس منهم ومن لم يجعلهم أهل سهم لم يجعل سهامهم الا بحسب ما تجمعه القرعة أو تفرقه والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فان هذه القسمة ان ثبت فيها بعد هذا غبن في قيمة أو ذرع كان لمن وجدت في حصته المطالبة بها لانه دخل على قيمة مقدرة أو ذرع مقدر فان وجد في ذلك نقصا كان له الرجوع به

(فصل) وأما قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل فهو أن يعدل الأرض بقدر السهام على اختلافها من كان له نصف ميز له النصف ومن كان له ثلث ميز له الثلث ومن له السدس ميز له السدس وان كانت الأرض متساوية فبالذرع وان كانت مختلفة فبالتقويم أو بهما ثم يتراضون على ما خرج لكل واحد منهم ويرون انهم قد تساووا وسواء كان ذلك في جنس واحد أو أجناس مختلفة متباينة فان ذلك كله جائز وهذه القسمة أيضا متى ظهر فيها على غبن في ذرع أو قيمة كان للمغبون المطالبة بذلك لما قدمناه

(فصل) وأما قسمة المراضاة بغير تقويم ولا تعديل فهو أن يتراضى الشركاء على أن يأخذ كل واحد منهم ماعين له ويتراضوا به من غير تقويم ولا تعديل فهذه القسمة أيضا تجوز في المختلف من الأجناس ولا قيام فيها للمغبون لانه لم يأخذ ما صار اليه على انه على قيمة مقدرة ولا ذرع مقدر ولا على انه مماثل لجميع ما كان له وانما أخذه بعينه على أن يخرج بذلك عن جميع حقه سواء كان أقل منه أو أكثر فالضربان الأولان من القسمة أقرب الى تميز الحق وهذا الضرب أقرب الى انه بيع من البيوع والله

أعلم وأحكم (مسئلة) أجرة القسام على عدد الرؤس عند مالك وقال أصبغ على قدر الانصباء وبه قال الشافعي وجه القول الأول ان اختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل القاسم بل ربما أثر قليل الانصباء زيادة في العمل وذلك انه لو كان لثلاثة أشراك أرض لاحدهم نصفها وللآخر ثلاثة أثمانها وللثالث ثمنها لأثر الثمن لصغره زيادة في العمل ولاحتاج بسببه أن يقسم الأرض كلها أثمانا ولو انقسمت على النصف بأن تكون لاثنين لكل واحد منهما نصفها لكان العمل والقسمة فيها أقل فاذا كان قليل الجزء يؤثر في العمل ما لا يؤثره كبيره بطل أن يجب على صاحب الجزء الكبير ولم يؤثر الا عملا يسيرا أكثر مما يجب على صاحب الجزء اليسير وقد أثر عملا كثيرا فوجب اطراح ذلك والاعتبار بعدد الرؤس ووجه القول الثاني أن العمل لصاحب الجزء الكثير أكثر لانه يقسم أثمانا أربعة وصاحب الثمن لا يقسم له الا جزء واحد وكذلك الجزء الكبير يحتاج من العمل والذرع الى أكثر مما يحتاج اليه الجزء الصغير وبحسب ذلك يجب أن تكون الأجرة لانها عوض عن العمل وقول أصبغ أظهر لا سيما اذا كانت القسمة بالقرعة والسهام وأما اذا كانت قسمة مراضاة دون تقويم ولا تعديل فالعمل متقارب فهي الى أن يكون الى عدد الرؤس أقرب والله أعلم وأحكم ولو طلب جميعهم القسمة الا واحد منهم أبى ذلك أجبر عليها فقد قال مالك على الآبي والطالب أجرة القسام على السواء (مسئلة) واذا شهد القاسم في القسمة فقد قال مالك لا تجوز شهادة القاسم قال ابن سحنون عن أبيه سواء قسم بأمر قاض أو بغير أمره لانه شهد على فعل نفسه وقال ابن الماجشون ان كان القاضي أمره بالقسمة وأنفذه فيها فشهادته وحده في ذلك جائزة اذا ذكر القاضي اليوم انه أمره بذلك وكذلك العامل والمحلف والكاتب والناظر الى العيب وكل ما لا يباشره القاضي قال ابن حبيب وان لم يكن هذا القاضي هو أمر القاسم وانما أمره من قد درج من الحكام أو قوم تراضوا به في القسمه فلا تجوز في ذلك شهادة القاسم أصلا ولا بد من شهادة اثنين سواه وكذلك من تقدم ذكره قال ابن الماجشون لان فعل المأمور في ذلك كفعل الآمر مرتزقا أو غير مرتزق وقال ابن حبيب هو تفسير قول مالك قال ابن حبيب وليس بمعنى الشهادة بل هو بمعنى المعونة وهذا الذي قاله ابن حبيب فيه نظر لان القسمة تصح من غير القاضي وانما يستنيب القاضي فيما يختص به من الأحكام كالاعذار الى من شهد عليه عنده ونحوه والله أعلم وأحكم

(فصل) وعاد الكلام الى ما قاله القاضي أبو محمد فأول قوله ان أحد أنواع القسمة قسمة المهايأة وهو أن يسكن أحد الشريكين دارا والآخر دارا أخرى أو يزرع أحدهما أرضا ويزرع الآخر أرضا أخرى وهذا غير داخل فيما ذكرناه من قسمة الرقاب وانما هو من قسمة المنافع وقد ذكر قسمة الرقاب على ثلاثة أضرب فأما قسمة المنافع فانها على ضربين أحدهما أن يتهايآ بالأزمان والثاني أن يتهايآ بالأعيان فأما التهايؤ بالأزمان فعلى ضربين أحدهما أن يقولا يستخدم أحدنا العبد يوما ويستخدمه الآخر يوما ويزرع أحدنا الأرض عاما ويزرعها الآخر عاما والضرب الثاني أن يقول لك غلته يوم ولي غلته يوم آخر فأما التهايؤ على أن تكون غلته يوما لاحدهما ويوما للآخر ففي كتاب محمد لا يجوز ذلك في الدابة والعبد وان كان ذلك يوما واحدا قال محمد وقد سهل مالك في اليوم الواحد وكرهه في أكثر منه وأجازه في الخدمة فوجه المنع ما فيه من المخاطرة لجواز أن تكون غلته في يوم أحدهما أكثر منها في يوم الآخر مع ما يدخل ذلك من التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل ووجه الاباحة ان الغرر في ذلك قليل لقصر المدة وتقاربها وتساوي غلتها في ذلك في غالب الحال ويحتمل أن تكون

رواية المنع مبنية على أن القسمة بيع ورواية الاباحة على أنها تمييز حق (مسئلة) وأما فى الخدمة وهو قوله يخدمنى اليوم ويخدمك غدا فاتفقوا على تجويزه فى الأيام اليسيرة فقال ابن المواز انما يجوز فى مثل خمسة أيام فأقل وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك لا يجوز فى الشهر قال ابن القاسم وأكثر من الشهر قليلا (فرق) والفرق بين الخدمة والغلة أن الخدمة لكل واحد منهما أن يستعمله فى مثل ما يستعمله فيه الآخر فى مدته وذلك انه أمر معلوم يمكن كل واحد منهما استيفاؤه وأما الغلة فمجهولة وقد يتعذر على أحدهما استيفاء مثل ما استوفاه صاحبه فاذا طالت المدة كثرت المخاطرة (مسئلة) وأما الدور والأرضون فقد قال ابن القاسم فى المجموعة ان التهايؤ يجوز فيها السنين المعلومة والأجل البعيد ككرائها ووجه ذلك أنها مأمونة الا أنه ان كان التهايؤ فى أرض المزارعة فلا يجوز عندى الا أن تكون مأمونة

(فصل) فأما التهايؤ بالأعيان فان يستخدم هذا عبدا ويستخدم هذا آخر ويزرع هذا أرضا ويزرع صاحبه أخرى ففى المجموعة عن ابن القاسم يجوز هذا فى سكنى الدور وزراعة الأرضين ولا يجوز فى الغلة والكراء ووجه ذلك ما قدمناه

(فصل) وقوله لان قسمة المنافع ليست بقسمة بيع وقسمة الرقاب قسمة بيع أيضا فيه نظر لانه ليس له أن يقول ذلك بغير دليل الا ولغيره أن يعكس عليه القضية بغير دليل واذ قد أخرجته قسمته الى أن جعل قسمة المراضاة قسمة بيع وكانت قسمة المنافع مراضاة كان يلزمه مثل ذلك فيها والله أعلم وأحكم

(فصل) وتضمن قوله اسقاط قسمة المراضاة بالتقويم والتعديل وانما ذكر التقويم فى قسمة القرعة وقسمة المراضاة على التقويم والتعديل قسمة جائزة وأكثر ما يقسم به الناس والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وليست قسمة المهاياة فى المنافع واجبة يجبر عليها من أباها أقول فيه نظر فان قسمة الرقاب بالمراضاة لا يجبر عليها أيضا أحد وانما يجبر على قسمة القرعة خاصة اذا وجبت وقد أشار مطرف وابن الماجشون فى الواضحة الى أنها لا تثبت فى حق الصغار فقالا ان كانت الأرض مستوية فى كرمها أولؤمها قسمت بالقيمة وان تراضوا وهم أكابر على قسمتها بالتحرى والمراضاة على السواء أو التفاضل على غير قيس ولا قيمة فذلك جائز قاله أصبغ فشرطوا فى جواز هذه القسمة كون المتقاسمين أكابر وقد صرح بعض المتأخرين من أهل بلدنا انه لا يجوز على الأصاغر الا قسمة القرعة وهو الذى يقتضيه النظر الا أن يكون فى قسمة المراضاة وجه بين من المصلحة للايتام فذلك جائز كالبيع عليهم والله أعلم وأحكم ص ﴿قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن هلك وترك أموالا بالعالية والسافلة ان البعل لا يقسم مع النضح الا أن يرضى أهله بذلك وأن البعل يقسم مع العين اذا كان يشبهها وان الأموال اذا كانت بأرض واحدة الذى بينهما متقارب فانه يقام كل مال منها ثم يقسم بينهم والمساكن والدور بهذه المنزلة﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من ترك أموالا بالعالية والسافلة وهما جهتان بالمدينة وأشار بالأموال الى الأرضين وما فيها من الشجر وان كان اسم المال واقعا على كل ما يتمول من حيوان وعروض وعين وغير ذلك الا أن عرف أهل المدينة كان فى ذلك الزمان اطلاق اسم الأموال على الأرض وما فيها من النخيل والأعناب وقال ان البعل لا يقسم مع النضح وقد تقدم ذكر البعل والنضح فى كتاب الزكاة فجعل النضح والبعل جنسين لا يجتمعان فى القسمة يريد قسمة القرعة التى تكون بالجبر ولا خلاف فى ذلك ولذلك قال مالك الا أن يرضى

﴿قال يحيى وسمعت مالكا يقول فيمن هلك وترك أموالا بالعالية والسافلة أن البعل لا يقسم مع النضح الا أن يرضى أهله بذلك وان البعل يقسم مع العين اذا كان يشبهها وان الأموال اذا كانت بأرض واحدة الذى بينهما متقارب فانه يقام كل مال منها ثم يقسم بينهم والمساكن والدور بهذه المنزلة

أهله بذلك وهذا اللفظ يحتمل وجهين أحدهما الا برضا أهله بذلك فيقسم بينهما بالقرعة وانما ينفي
مالك في موطئه القسمة على هذا التأويل اذا أبى ذلك أحدهما ويثبت الجواز اذا اتفقا على
المراضاة بذلك وفي المجموعة عن ابن القاسم وأشهب في زيتونة ونخلة بين رجلين لا يقتسمانهما بينهما
الا أن يتراضيا ويعتدلا في القسم يريد بالقيمة قال سحنون ترك ابن القاسم قوله وهو لا يجمع بين
صنفين مختلفين وان تراضيا فقولهما الا أن يعتدلا بالقيمة دليل على انه أراد القسمة بالقرعة لانه
لا خلاف أن لهما أن يأخذ أحدهما النخلة والآخر الزيتونة من غير قرعة وهذا تصريح بتجويز جمع
المختلفين في قسم القرعة اذا تراضى بذلك المتقاسمان وانما يمنع منه اذا أباه أحدهما وذكر سحنون
عن ابن القاسم ان قوله المعروف انه لا يجوز ذلك وان تراضيا وقال ابن عبدوس عن أشهب ان
الشركاء اذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين جاز وخالف فيه أصحابنا فعلى قول أشهب ومن وافقه يكون
معنى قوله الا أن يرضى أهله بذلك يريد انه ان رضي أهله بذلك جازت فيه قسمة القرعة وعلى قول
ابن القاسم المشهور يكون معناه الا أن يرضى أهله بذلك انه لا تجوز هذه القسمة بالقرعة الا أن يرضى
أهله بذلك فيقتسمونه مراضاة دون قرعة (مسئلة) ومنع في قوله أن يجمع بين البعل والنضح
وجوز أن يقسم البعل مع العين يريد ما يسقى بالعين من غير نضح وهو السيح لانهما انما يزكى
بالعشر والنضح مخالف لهما في ذلك فانه مما يزكى بنصف العشر وقد روى في المجموعة ابن وهب عن
مالك نحوه وكذلك قال انه يجمع في القسم الأموال التي بأرض واحدة يريد أن تكون متقاربة
الأماكن دون ما تباعد منها قال والمساكن والدور بهذه المنزلة يريد انه يراعي فيها تقارب الأماكن
وتفسير ذلك ان كل ما يقسم على ضربين أصل ثابت كالأرضين والدور والحمامات والارحي
والأشجار على اختلاف أنواعها وما ليس له أصل ثابت كالحيوان والثياب والعروض على اختلاف
أنواعها فأما الأصول الثابتة فاذا كانت كثيرة ذات أنواع وكان كل نوع منها يحتمل القسمة
فأراد بعض الشركاء أن يجمع له حصته من جميعها في موضع واحد وأراد بعضهم أن يعطى حصته
من كل موضع فان مذهب مالك أن يجمع نصيب كل واحد من الشركاء في موضع منها بشروط
تفسيرها بعد هذا ان شاء الله وقال أبو حنيفة والشافعي يقسم لكل انسان نصيبه من كل دار أو من
كل أرض والدليل على ما نقوله ان القسمة على العدد مع اتفاق المنافع والأماكن أعود بالمنفعة
وأبعد من المضرة لانه اذا اقسم كل دار وكل أرض قلت قيمتها وفسد كثير من منافعها ولذلك أثبتت
الشفعة في الأملاك وذلك مما ينفي قيمتها ومن الأمر البين من حصلت له دار بكمالها أفضل من أن يحصل
له من أربع دور من كل دار ربعها فكان ما قلناه أولى

(فصل) وهذا الذي ذكره القاضي أبو محمد وأكثر أصحابنا على الاطلاق وقال ابن عبدوس عن
أشهب في أمر جنة بين قوم أراد بعضهم أن يعطى حقه من كل أرض وقال بعضهم يجمع لي نصيبي ان
كانت في نمط واحد وبعضها أكرم من بعض جمع لمن طلب الجمع حصته في مكان وان زاد حظه
على أرض واحدة أخذ من أخرى تمام حقه فاذا استوفيت انصباء الذين أرادوا الجمع قسم للذين
أرادوا التفريق على ما تراضوا به قال ابن عبدوس تجعل سهام الذين يريدون التفريق بينهما واحدا
وسهام الذين يريدون الجمع بينهما ثم يقرع فان خرج سهم من يريد التفرقة جمع الباقي حقوقهم
وصار كحق رجل واحد وحيثما خرج منهم أحد ممن يريد الجمع أخذه ثم يقسم الذين أرادوا التفرقة كل
أرض على حدتها وقال أشهب وان تباعدت الارض ليست في نمط قسم الذين أرادوا التفرقة

انصباءهم فى كل أرض ثم يقسم الذين أرادوا الجمع على ماتراضوا عليه من الجمع قال ابن عبدوس يجعل سهم من أراد الجمع ههنا بينهما شيأ واحدا يسهم لهم فى كل أرض ويجمع سهامهم فيها وأعطى من أراد التفرقة نصيبه من كل أرض حيث وقع قال ابن عبدوس وليس هذا أصل مالك وأصحابه لانه لايجمع عندهم حظ اثنين فى القسم وهذا أيضا على ماذهب اليه أشهب ان الشركاء اذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين بالقرعة جاز ذلك وخالف فيه أصحابه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالمراعى فيما يلزم به الجمع شرطان أحدهما تقارب المنافع وتجانسها والثانى تقارب المواضع فان انخرم من هذين الشرطين أحدهما لم يلزم الجمع وفى العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فى الأرضين اذا تقاربت وبعضها بعين وبعضها بنضح لم تجمع وان تباعدت وكانت كلها تسقى بعين أو بنضح لم تجمع وان تقارب سقيها كلها بنضح أو بعين جمعت (فرع) اذا ثبت مراعاة هذين الشرطين فقد قال فى الأصل ان البعل يقسم مع العين وهو المشهور من المذهب وروى أشهب وابن وهب عن مالك فى المجموعة لايقسم مع السقى وان تقاربت الحوائط وقال ابن حبيب لايضم مايسقى بعين أو بنضح مع البعل فى القسم ولا النضح مع السيح لاختلاف المؤن (مسئلة) وأما الأرض الكريمة واللئيمة فقد قال ابن الماجشون فى المجموعة اذا تدانت الأرض فى كرمها واشتبهت الحوائط جمعت فى القسم ان تقاربت مواضعها وقال ابن القاسم فى المدونة ان اختلفت العيون فى سقيها الارض واختلفت الارض فى كرمها قسمت كل أرض مع عيونها على حدة قال سحنون أيضا فى المجموعة وأما الارضون فى نمط فتجمع وان تقاربت فى الكرم قال سحنون وابن القاسم لايجمعها وقال عيسى ان كانت الارض الكريمة تحتمل القسمة والارض اللئيمة تحتمل القسمة قسمت الكريمة على حدة واللئيمة على حدة وجه رواية المنع أن اختلاف المنافع فى الجنس الواحد وتباينها يقتضى اختلافها فى الجنس كرقيق الثياب وغليظها فى البيع الى أجل وقول ابن القاسم فى الدور خلاف قوله فى الثياب ولعله قد قال فى المسئلة بقولين والله أعلم وأحكم وجه الجواز ان المراعى فى القسمة جنس المنافع دون تفاضلها ولذلك تجمع ثياب الحرير غليظها ورقيقها مع الفراء وثياب الكتان غليظها ورقيقها ويشبه أن تكون رواية المنع مطردة على قول أشهب فى الثياب ورواية الاجازة على قول ابن القاسم (مسئلة) وأما الأشجار فقد روى أشهب عن مالك فى الحائطين المتقاربين المشتبهين فى السقى أحدهما عجوة والآخر صيحانى يجمعان فى القسم ولم يراع فيه جودة الثمر ولا رداءته لانه أمر غير موجود حين القسمة ولا ثابت فانما يلزمه أن يراعى جودة الشجر فى أنفسها وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى وقد قال مالك فى النخل تختلف ألوانه فى الحائط كالبرنى والصيحانى واللون والجعرور انه يقسم على القيمة ويجمع لكل واحد حظه فى موضع من الحائط ولا يلتفت الى ماصار لكل واحد منهم من أنواع الثمر وهذا فى الجنس الواحد لتقارب منافعه وأما الأجناس المختلفة ففى المجموعة عن ابن القاسم فى شجر تفاح ورمان وخوخ واترج وغيرها من الفواكه مختلطة فى جنان واحد يجمع ذلك كله فى القسم بالقيمة والسهم قال سحنون هو استحسان الرفق باجتماع السهم وأنا أكره أن يقسم هذا قسمة واحدة وزاد فى المدونة بأثر هذا قال فى الفواكه فان كان كل شئ من ذلك على حدة يحتمل قسم كل جنان على حدة قسم فعلى هذا القول لابن القاسم وما تقدم له قبل أن مايقسم على ثلاثة أضرب يجمع بينه فى القسمة وان كان كل نوع منه يحتمل القسمة بانفراده كالنخل منها البرنى والصيحانى وسائر أنواع الثمر وضرب يجمع بينه اذا لم يحتمل أنواعه فى القسمة ولا يجمع بينه اذا احتملته كالفواكه والجيد مع الردىء وهذا

القسم الاول هو الذى قال فيه سحنون لما أورده مطلقا من هذا التقييد انه استحسان وهو مطرد على قول ابن القاسم فى جمعه غليظ الثياب ورقيقها والفراء مع القمص وضرب لا يجمع بينه بوجه كالحلى مع الثياب والبغل مع النضح وأما تفاضل الأشجار فى أنفسها فقد حكى ابن عبدوس عن سحنون فى الشجر ان كان بعضها أقل من بعض والارض بعضها أكرم من بعض جمعت فى القسم الا أن يأتى من ذلك أمر يتباين وقال ابن حبيب مثله (مسئلة) وأما الدور فانما تتفاضل بالبنيان أو برغبة الناس فى المواضع والزهد فيها فأما البنيان فقد قال سحنون فى كتاب ابنه ان كانت احدى الدارين قاعة لم يجمعها فى القسمة وان كان بناء احدى الدارين أجد من بناء الأخرى جمع فى القسم اذا كانت فى نمط واحد وهو قول عبد الملك بن الماجشون فى المجموعة اذا اشتبهت الدور فى بنائها وتقاربت جمعن فى القسم فيجىء من مجموع قولهما مراعاة فصلين أحدهما ان كانت احدى الدارين عارية من البنيان أو خربة فى حكم العارية لم تجمع مع المبنية والفصل الثانى أن يكون بنيانها متباينا فيقتضى قول ابن الماجشون على ما عهد من مقاصده انهما لا يجمعان وهو عندى طرد قول أشهب فى أن ما كان من الثياب فى البيع جنسان مختلفان انه لا يجمع فى القسم وما كان فى البيع جنسا واحدا فانه يجمع فى القسم وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون فى الشجر والارض تجمع فى القسم وبعضها أفضل من بعض الا أن تتباين فيجب على قوله أن يجمع المتفاضل فى البنيان فى القسم الا أن يتباين فلا يجمع والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما الاماكن فقد قال اشهب فى المجموعة اذا كانت الدار فى نمط واحد جمعت فى القسم وان كان بعضها أعمر من بعض كالارضين فى نمط واحد وبعضها أكرم من بعض قال سحنون وليست الدور كالارضين فقد تكون الدور فى نمط ونفاقها مختلف ومن دارى الى الجامع نمط واحد وهو متباين الاختلاف فثبت الاختلاف بين أشهب وسحنون فى النمط الواحد ويجب أن يحقق مع النمط معنى النمط ثم يبين وجه الاختلاف وذلك أن النمط يستعمل كثيرا بمعنى التقارب فى الصفة فيقال هذه الثياب نمط واحد وهؤلاء القوم من نمط بمعنى التقارب فى الصفات والأحوال الا انه لا يصلح أن يريد انه فى هذا الموضع للتقارب فى الصفة يمنع من ذلك سياق كلامهما ويحتمل أن يريد بالنمط المحلة الواحدة والربض الواحد ويحتمل أن يريد به التقارب فى المكان فقد جعل أشهب ذلك شرطا فى صحة الجمع ومنع منه سحنون الا بان يضم الى ذلك صفة أخرى وهى التقارب فى رغبة الناس فقد يكون أحد طرفى المحلة أو الموضع الذى يقرب بعضه من بعض أغبط عند الناس من الآخر لقربه من مرفق من المرافق جامع أو مسجد أو سوق أو غير ذلك غير ان أشهب جوز الجمع بين ما تقاربت مواضعه وان كان بعض أماكنها أفضل من بعض كما جوز جمع الأرض المتقاربة وان كان بعضها أكرم من بعض فكان يجب على قوله فى الثياب أن يمنع من ذلك الا فى التفاضل اليسير الذى لا تختلف فيه المنافع اختلافا بينا وقال ابن حبيب قد تكون بعض الدور قرب السوق والمرفق أو قرب المسجد والاخرى بعيدة من ذلك فلا يجمع بينهما الا بتراض بغير سهم فبين بعض الوجوه المراضاة فى تفضيل الأماكن ولم يذكر ان ذلك فى نمط واحد وأنماط متباعدة وقال ابن القاسم فى المجموعة ما كان حول المسجد من الدور فهو الذى تشاح الناس فيه ويضم بعضه الى بعض وفى المجموعة لابن القاسم اذا كانت احدى الدارين فى ناحية من المدينة والدار الأخرى فى ناحية أخرى بعيدة من الأولى الا أن رغبة الناس فى الموضعين سواء فانهما يجمعان فى القسم لان الدارين سواء

فى الموضع والنفاق فلا يلتفت الى افتراقهما فذهب الى ان المراعى فى الأماكن تساويهما فى رغبة الناس وان تباعدت وفرق بين الدور والأرضين ان البلد الواحد لا تختلف اغراض الناس فيه مع تساوى الموضعين فى النفاق والمرافق وتختلف فى البلدين فتلخص من هذا ان أشهب راعى فى الأماكن تقارب الدور فى النمط وراعى سحنون القرب والتساوى فى النفاق وراعى ابن القاسم التساوى فى النفاق خاصة والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب وسحنون فى مراعاة القرب فقد قال أشهب عن مالك فى المجموعة اذا تباعد ما بين الدارين مثل منزلى هذا ومنزل آخر بالثنية لم يجمع فى القسم بخلاف النخيل والحوائط

(فصل) وأما البعد فى الأرضين قال ابن القاسم ان كانت القرى متباعدة اليوم واليومين قسمت كل قرية مفردة وان تساوت رغبة الناس فيها * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وهذا كله عندى بقدر ما يرى من البعد والقرب ويؤدى اليه الاجتهاد وانما ذكرنا ما ذكرنا منه ليتقوى به المجتهد على ما يريد به من النظر والاجتهاد وقد قال ابن الماجشون فى المجموعة ليس للقرب حد الا بقدر ما يرى يوم يقع

(مسئلة) وأما الأشجار فان ابن حبيب يجمع البعل كله اذا تجاور فى الموضع كالميل والميلين وقال فى العتبية والمجموعة عن مالك فى املاك بين ورثة منها بوادى القرى وبخيبر وبالفرع ان من كان منها بوادى القرى وبخيبر جمع فى القسم ويجمع ما كان بالفرع الى ما كان بناحيتها قال عنه أشهب بخلاف الدور وقد قال عن مالك فى المدونة فى الحوائط المتباعدة بينها اليوم واليومان ان كل شئ من ذلك يقدر بالقسمة قال عنه أشهب ولا يقسم حوائط المدينة مع حوائط خيبر وقال فى كتاب الصلاة بينهما ثمانية وأربعون ميلا

(فصل) وأما الماجل والحمام والبيت الصغير فقد قال مالك لا يقسم الحمام وغيره مما فى قسمته ضرر قال عبد الملك فى المجموعة لم أعلم أحدا من أصحابنا وافق مالكا على قسمة الحمام ولا سمعت من يستجيز ذلك قال ابن حبيب وهو قول أبى حنيفة وهو شاذ لم يقل به أحد من أصحاب مالك الا ابن كنانة قال ابن الماجشون وابن نافع وابن وهب سواء ضاق القسم عن جميعهم أو عن بعضهم وان كان أصغرهم حظا له انتفاع فى وجه من وجوه المنافع وان قل مما لا ضرر فيه فالقسم قائم قال ابن حبيب ورواه أصبغ عن ابن القاسم قال مطرف والذى آخذ به ان كان لبعضهم فى ذلك منفعة لسعة سهمه وبعضهم لا ينتفع به لضيق سهمه فيقسم بينهما كما قال مالك وان كان لا ينتفع به واحد منهم فبيعه وقسمة ثمنه أولى بالصواب واحتج مالك لقوله بقوله تعالى مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا وقال من خالفه فى ذلك من أصحابنا معنى الآية ثبوت حقه ثم يقسم على السنة كالعبد الواجب فيه نصيب كل وارث ويقسم ثمنه دون عينه واحتج ابن القاسم بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا ضرر ولا اضرار وهذا أيضا يحتاج الى تأمل قد ذكرته فى الاستيفاء (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب لا يقسم الحمام ولا الفرن ولا الرحا ولا البئر ولا العين ولا الساقية ولا الدكان ولا الجدار ولا الطريق ولا الشجرة وفى المجموعة يقسم الجدار ان لم يكن فيه ضرر وليس ذلك باختلاف والخلاف فى ذلك كله على ما تقدم ومعنى الضرر فى ذلك على المشهور من مذهب ابن القاسم أن لا يبقى فيه المنفعة الثابتة قبل القسمة مثل الدار التى تقسم فيكون ما يصير لكل واحد منهم ما يسكن وأما الحمام فلا يتصور ذلك فيه لانه لا يمكن أن يبقى نصيب كل واحد منهم حماما فى الأغلب ولذلك لا يقسم عند ابن القاسم وراعى مع ذلك أن لا تذهب القسمة معظم منافعه وان بقى على حكم منفعته وأما ما راعيه ابن الماجشون وسائر أصحابنا فقد تقدم ذكره

(فصل) وأما ماليس من الأصول الثابتة كالحيوان والعروض فان منه مايقسم دون ضرر ومنه مالايقسم الابضرر فاما مايقسم دون ضرر فكجماعة العبيد والدواب والثياب فاما العبيد فانه يجمع في القسم ذكورهم واناثهم صغارهم وكبارهم وأعجميهم وفصيحهم وحسنهم وقبيحهم زاد ابن القاسم والهديم وان تقاربت أثمانهم اذا اعتدلت في القيمة قاله ابن حبيب قال روى ابن القاسم عن مالك في الرقيق المشترك لجماعة فأراد بعضهم قسمه ان استطيع أن يقسم قسم والابيع فان كان من جماعة الرقيق مالاينقسم كالخمسة بين العشرة لم تقسم قال ابن حبيب ولايجمع في القسم الخيل مع البغال ولا البغال مع الحمر ولا الابل مع البقر ولا البقر مع الغنم وان اعتدلت الغنم ولكن يقسم كل نوع على حدته قال ابن القاسم في المدونة والبراذين صنف على حدة ويقسم بالتراضي وقال يحيي ابن يحيي في العتبية بلغني عن ابن الماجشون انه لايقسم شئ من الحيوان والعروض بالقيمة ولكن يباع ذلك ويقسم ثمنه قال الشيخ أبو محمد والذى روى عنه ابن حبيب خلاف هذا وجه القول الأول انه مما تصح فيه القسمة والمساواة بالقسمة كالأرضين ووجه القول الثانى ان مالاتنقسم آحاده فلا تنقسم جماعته والأول أظهر في المذهب (مسئلة) وأما الثياب فقد قال ابن حبيب ذهب ابن القاسم الى ان البز كله من الخز والحرير قال في المدونة والديباج قال ابن حبيب عنه في القطن والصوف والكتان والمرعز والفراء كلها جنس واحد في القسمة قال في المدونة اذا كان كل صنف لايحتمل أن يفرد بالقسمة وأما البسط والوسائد فلا تجمع مع البز والثياب وعندى ان ظاهر هذا أن الفراء من جملة البز وان هذا الاسم يقع على كل مايلبس من مخيط أو غيره اللباس المرئى بمعنى التجمل على الجسد وعلى هذا يجب أن يدخل في البز الأكسية والملاحف لانها تلبس على هذا الوجه وبذلك يتميز البز من غيره من الأجناس وهى عنده علة الجمع في القسم قال ابن حبيب وخالفه مطرف وابن الماجشون لايقسم ثياب الخز والحرير مع ثياب القطن والكتان ولا مع الفراء ولايقسم الصوف والمرعزى مع ماذكرناه قال ابن حبيب وثياب القطن والكتان صنف واحد في القسمة وان كان فيها قمص وأردية وعمائم زاد ابن القاسم في المدونة وسراويلات وثياب الخز والحرير من الوشى وغيره صنف واحد الاما كان من وشى يريد في المدونة والله أعلم وشى القطن والكتان فلا يقسم مع وشى الخز والحرير وليقسم وحده قال وثياب الديباج صنف لاتقسم مع ثياب الخز والحرير وثياب الصوف والمرعزى صنف وان كان منها جبب وتيجان وفراء الخز فان صنف لايضم الى فراء الفنليات وقال أشهب في المجموعة كل مايجوز من هذا أن يباع واحد باثنين الى أجل فلا يضم له في القسم لانهما صنفان وكل مالايجوز ذلك فيه فهو صنف واحد يجمع في القسم قال أشهب ولو جمع مايقع عليه اسم بز لوجب أن يجمع مايقع عليه اسم دابة فيقسم الرقيق مع الدواب والخيل مع الحمير والابل قال ابن عبدوس ومذهب أشهب في هذا أصح عند سحنون وعندى انه لايلزمه على هذا قسمة الزيتونة والنخلة لانه لايسلم في شئ من ذلك رأسا والله أعلم وأحكم وقال أشهب في المجموعة لايجمع في القسم اللؤلؤ مع الياقوت ولا الزبرجد مع الياقوت (مسئلة) وأما ما كان من الطعام فلا يخلو أن يكون مما يجرى فيه الربا أو ممالايجرى فيه الربا فان كان ممالايجرى فيه الربا فلا يخلو أن يكون جزافا أو مكيلا أو موزونا فان كان جزافا وكان مما تدعو الى قسمته في رؤس شجره حاجة فقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة وأشهب في المجموعة والعتبية عن مالك اجازة ذلك بشروط اتفق على بعضها فيما اتفقا أن تختلف حاجتهم الى ذلك بأن يريد بعضهم

بيعا وبعضهم أن يأكل رطبا وبعضهم أن ييبس وأما ان أراد أحدهما بيعه والآخر أكله فقد جوز ذلك ابن القاسم في البلح الكبير وأنكره سحنون ولم يره اختلاف حاجة لان الذي يبيع يجد وقد اجتمعا على الجداد لان تركه يبطل القسم وهذا الذي قاله سحنون فيه نظر لان مالكا جوز قسمته من غير جد فمن أراد أن يعجل الجد عجل ومن أراد أن يؤخره أخر ولو كان على الجد لما قسم الا بالكيل ولذلك قال ابن عبدوس لا تجوز قسمته اذا أثمر وقال في المدونة ولو اقتسماه بعدما أزهى حين اختلفت حاجتهما فتركاه حتى أثمر لم تنتقض القسمة وقال في موضع آخر منها لان قسمة ذلك بالخرص عند اختلاف الحاجة قبض والخرص هو الكيل وليس كل من أراد أن يبيع يجد ويباشر بيعه بل يبيع حصته من حائطه أو جميعه ممن يباشر ذلك ويحاوله وكذلك من أراد أن يأكل لا يمكنه جده الا حسب حاجته الى أكله وذلك لا يتقدر الا بحسب ما يبدو اليه عند الحاجة (فرع) وروى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة ان ذلك انما يكون اذا طاب وحل بيعه قال ابن القاسم في المدونة فان لم يطب النخل والعنب لم يقسم بينهم بالخرص قال ولا يقسم النخل على حال الا أن يجداه أو يترك حتى يطيب فيقتسمانه وقال ابن القاسم في المدونة قاله هو وأشهب في المجموعة ولهم قسم البلح الأرض الكبير على الخرص وان لم يجد أحدهما الا بعد يوم أو يومين أو ثلاثة أو أكثر ما لم يترك البلح حتى يزهى فتنتقض القسمة لانه من بيع الثمر قبل بدو صلاحه فتبين بهذا ان منعه قسمة البلح على الاطلاق وانما هو لمن أراد أن يبقيه حتى يزهى (فرع) والشرط الثالث أن يكون مما يخرص وهو النخل والعنب فلم يجوز ابن القاسم ذلك في غيرهما وقال لا تقسم الفاكهة بالخرص وان احتاج اليها أهلها وانما ذلك في النخل والعنب وقد ذكر لي بعض أصحابنا ان مالكا رخص فيه فسألته عنه فقال لا أرى ذلك وروى أشهب عن مالك في المجموعة لا بأس به في النخل والعنب والتين وغير ذلك وجه القول الأول انه معنى شرع فيه الخرص فوجب أن يختص بالنخل والعنب كالزكاة ووجه القول الثاني ان الحاجة في الزكاة الى الخرص انما هي لانها مما جرت العادة بأكله رطبا فخرص عليهم ليتقرر مقدار الزكاة في الثمرة وتطلق أيديهم عليها وهذا معنى يختص بالنخل والعنب مما فيه الزكاة عند ابن القاسم والمشهور من قول مالك وأما القسمة فالحاجة اليها في سائر الثمار كالحاجة اليها في النخل والعنب فاباحة الخرص للقسمة في جميعها اذ لا سبيل اليها بغيره (فرع) والشرط الرابع أن يكون ذلك في الشيء اليسير وقد كره مالك ذلك في الثمار الكثيرة جدا لانه مما ينال بعجلة ولا يختلف عند الحاجة الا في الشيء اليسير (فرع) والشرط الخامس أن لا يختلف فيأخذ أحدهما بسرا والآخر رطبا وان كان بالخرص ولكن لا يقتسمان الرطب ويقتسمان البسر قاله أشهب في المجموعة وجه المنع من بيع الرطب بالتمر والبسر بالرطب لاختلاف صفتهما وتعذر معرفة تساويهما حال الادخار وذلك شرط في صحة بعضه ببعض (فرع) والشرط السادس أن يتحرى تساوي الكيل في المكيل وان كان بعض الكيل أفضل من بعض كالبرني والصيحاني والعجوة والعنب الأحمر والأسود فانه يجمع في القسم على تساوي الكيل فان أبى ذلك أحدهم قسم كل نوع مفردا قاله مالك قال وان أحبا المقاومة جاز ذلك ومن طلب منهما القسمة فذلك له * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندي ان هذه القسمة لا تجوز الا بالقرعة وهو ظاهر قول أصحابنا لانها تمييز للحق وأما المراضاة فانه بيع محض ولا يجوز أن ينعقد في المطعوم الا بقبض ناجز (مسئلة) فان اقتسمت الأصول وفيها ثمر فلا يخلو أن يكون مزهيا أو غير مزه فان كانت

الثمرة بلحا أو طلعا فقد قال أشهب انه يجوز أن يقسم ذلك مع النخل مالم يبلغ أن يكون طلعا أو يكون بلحا حلوا فلا يجوز لامتناع التفاضل فيه * قال القاضي أبو الوليد وعندى ان منعه قسمتها مع الطلع لانه لا يجوز قسمتها دون الطلع لانها ثمرة لم تؤبر ولا يجوز قسمتها مع الطلع لانه مأكول مما يجرى فيه الربا وقال ابن القاسم تقسم الرقاب ويترك البلح والطلع وأنكر سحنون ذكره للطلع وقال اذا لم يؤبر لم تجز قسمته (مسئلة) وأما ماليس له أصل ثابت كالزرع والبقول فانه لا يقسم شئ من ذلك بالخرص حتى يجذ قال ابن حبيب كل مالا يجوز فيه التفاضل من الطعام فلا يقسم بالتحرى لازرعا ولا حصيدا ولا مدروسا ولا مصبرا الا كيلا فيما يكال أو وزنا فيما يوزن أو عددا فيما يعد ما خلا الثمار اذا بدا صلاحها وقاله مالك ومن أصحابه مطرف وابن الماجشون وذلك يحتمل أن يعلل بعلتين على أصل ابن القاسم لانه لا يجرى فيه الخرص فلا يصح التساوى فيه والثانى انه لا يقبض فى الوقت وعدم التقابض فيه يفسد قسمته وحكى ابن عبدوس عن ابن القاسم انه كره قسمة البقول بالخرص قال ابن عبدوس لانه لا يقبض كل واحد منهما ما صار اليه وقد أخطأ من قال عنه انه لا يجيز قسمته بالتحرى بعد الجد وهو يجيز التحرى فى الخبز واللحم فكيف بما يجوز فيه التفاضل (مسئلة) وان كانت الثمرة قد أزهت أفردت الرقاب بالقسمة ثم ان قسمت الثمرة بعد ذلك لاختلاف الحاجة فيسقى كل واحد نخله وان كانت ثمرتها لغيره كبائع ثمرة نخله وأنكر ذلك سحنون وقال القسم تمييز حق والسقى على من له الثمرة بخلاف البيع ولو كان كالبيع لم يكن على صاحب الاصل الا ان يسقى نصف ماله فى أصله ونصف ما فى نخل صاحبه لأن الثمرة قد تختلف فى الخرص فتعدل ثمرة نخلة ثمرة نخلات فيختلف السقى والخرص سواء وفرق آخرون الجائحة فى البيع دون القسمة (مسئلة) فان قسمه صبرا فلا يخلو أن يقسم بمقاديره أو يقسم بالتحرى فان قسم بمقاديره فقد قال ابن الماجشون فى المجموعة فى قسم الرطب والتمر والعنب انه يقسم على الأكثر من شأنه فى البلد من الوزن أو الكيل قال محمد بن عبد الحكم لا بأس أن يقسم القاضى الزيت كيلا أو وزنا أى ذلك شاء فعل وقد قال أشهب فى المدونة بيع الزيت بالكيل فاما بالوزن فأى عرف ما فى ذلك من الكيل فلا بأس به وان كان ذلك يختلف فلا خير فيه فجعل الاصل فيه الكيل وان قسم على التحرى فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز فيه التفاضل أو مما يجوز فيه التفاضل فان كان مما يجرى فيه الربا فقد حكى ابن حبيب فى واضحته عن مالك وأصحابه ان مالا يجوز فيه التفاضل لا تجوز قسمته مصبرا بالتحرى الا كيلا فى المكيل أو وزنا فى الموزون أو عددا فى المعدود وحكى ابن القاسم عن مالك انه يجوز قسمة الخبز واللحم والحيتان بالتحرى وجه القول الاول انه مما يجرى فيه الربا ويلزم فيه التساوى ولا يوصل الى حقيقة ذلك بالتحرى لأن التحرى ليس بمقدر فى نفسه فيعرف به التساوى وانما يتحرى به الموزون أو المكيل ولا يدرك حقيقة ذلك بالتحرى ووجه القول الثانى أن التحرى طريق الى معرفة التساوى والتفاضل كالوزن والكيل ولاشك ان التساوى فى أحد المقدارين لا يمنع التفاضل بالمقدار الثانى (فرع) اذا ثبت ذلك فانه يجوز بشرطين أحدهما ماذكره فى كتاب ابن المواز انه لا يجوز ذلك فى المكيل وانما يجوز فى الموزون كاللحم والخبز والحيتان واحتج لذلك ابن حبيب بان التحرى انما يجوز عند عدم ما يقدر به والكيل لا يعدم ولو بالحفنة وانما يعدم الموازين وظاهر قول مالك فى المدونة يجوز السلم فى الخبز بالتحرى يدل على انه يجوز ذلك مع وجود الموازين لأنه فى الغالب انما يسلم اليه فى أمد يمكن تحصيل الموازين فيه وكل موضع يكون فيه استيفاء ما يوزن

غالبا يوجد فيه المواز بن فان قال بهذا أحد من العلماء فيجوز على قوله بالتحري (فرع) والشرط الثاني رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية ان ذلك في الشيء القليل ووجه ذلك ان الكثير لا يتحقق فيه التساوي بالتحري وانما يوصل الى ما يقرب من ذلك في اليسير بأن كان بينهما شيء مما لا يعتبر ولا يقصد وأما الكثير فربما كان بينهما من التفاضل ما يمنع الاباحة وينافيها والله أعلم (مسئلة) وأما ما يجوز فيه التفاضل كالحناء والقطن والمسك والزعفران والحديد والرصاص فقد روى ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون انه يجوز اقتسامه تحريا على التعديل والتفضيل ولا يجوز على الشك في التعديل كالتبادل فيه قال محمد بن عبد الحكم لا بأس أن يقسم الحناء والكتان والمسك والعنبر وغيره مما يجوز فيه التفاضل بالتحري وقد قيل لا يجوز واجازته أحب الينا وروى ابن المواز وابن عبدوس عن ابن القاسم انه لا يجوز قسم الحناء والتبن والنوى والكتان والمسك الا كيلا في المكيل أو وزنا في الموزون الا ان يتبين التفاضل البين قال ابن عبدوس وقول ابن القاسم أبعد في الاصل وأحب الي وقال ابن عبدوس في البقول قد أخطأ من قال في البقول عن ابن القاسم انه لا يجوز قسمها بعد الجد على التحري وهو غير التحري في الخبز واللحم فكيف بما يجوز فيه التفاضل وهذا خلاف ما اختاره في قسمة الحناء والكتان والمسك والخلاف في هذه المسئلة ظاهر في المذهب وجه رواية الجواز انه يجوز فيه التفاضل فاذا تحرى المساواة فهو أجوز لأن كل ما يجوز فيه التفاضل يجوز فيه التساوي وقد يجوز التساوي فيما لا يجوز فيه التفاضل ووجه رواية المنع أن التحري مع عدم التفاضل البين ان القصد المخاطرة والمغابنة وذلك يمنع الجواز كما لو شك في التساوي والقياس عندي جواز ذلك لأن قصد كل واحد منهما غير الآخر لا يمنع الجواز كما لو كانت من جنسين مختلفين مطعوم وغير مطعوم (مسئلة) واذا ثبت ذلك فيما يكال ويوزن فقد قال سحنون لا يكون فيه السهم يريد لا يقسم بالقرعة وكذلك عندي ما قسم بالتحري لأن التحري بدل من الوزن وذلك اذا تساوت السهام في الجودة والجنس والقدر لم يحتج في ذلك الى سهام كالدنانير والدراهم بخلاف ما يحتاج الى النقود فانه لا يبلغ حقيقة التماثل فيه

(فصل) وأما ما لا ينقسم الا بضرر فمنه ما لا يصح ذلك فيه كالعبد والدابة ومنه ما يمكن ذلك فيه ولكن يدخل فيه الضرر كالشقة من القطن أو الكتان أو الصوف أو الحرير أو الخز أو الجل أو الجذع من الخشب وقد قال أشهب في المجموعة لا تقسم الخشبة فان قيل من الخشب ما يصلح بالقطع وكذلك من الثياب ما يكون قطعه صلاحا ولا يكلف ذلك من أباه وانما القسمة في غير الرباع من الارضين فيما لا يحال عن حال ولا يحدث بالقسمة فيه ما لم يكن فيه من قطع ولا زيادة دراهم وقال ابن حبيب أيضا لا تقسم الخشبة ولا الثوب الواحد (مسئلة) وما كان في حكم العين الواحد كاللباس والخفين والجوربين وحكمه في منع القسمة اذا أبى ذلك أحدهما حكم العين الواحدة قاله ابن القاسم وغيره من أصحابنا واختلفوا في الغرارتين فقال ابن القاسم في المدونة ان لم يكن في ذلك فساد قسمتهما بين الشريكين وان كان فيهما فساد لم أقسمهما وبالله التوفيق وقال ابن حبيب لا تقسم وجعلهما كالخرج وجوز أشهب قسمتهما في المجموعة وجه القول الاول ان الغالب من حالهما استعمالهما جميعا في الحمل على الدابة فلا يقسمان كالخرج ووجه القول الثاني انه قد تستعمل الواحدة منهما غالبا على الدواب وعلى ظهور الرجال فثبت لهما حكم القسمة (فرع) اذا ثبت ان ذلك لا يقسم فان اتفقوا على بقاء ذلك على حكم الشركة جاز ذلك وان أرادوا أن يتهاونوا في ذلك جاز ولا يجبر أحد

على ذلك ومن دعا الى البيع أجبر اشراكه على التسويق معه فان أراد البيع من دعا اليه قيل لمن أباه من اشراكه اما أن تأخذ حصته بما أعطى فيها واما أن تبيع معه

﴿ القضاء في الضواري والحريسة ﴾

قوله الضواري يريد ما ضريت أكل زروع الناس من البهائم والحريسة الماشية المحروسة والضواري هي التي تسمى العوادي وقد قال مالك في المدونة في الابل والبقر والرمك التي تعدو في زرع الناس قد ضريت ذلك أرى أن تغرب وتباع في بلاد لازرع فيها قال ابن القاسم وأرى الغنم والدواب بحسبها تباع الان يحبسها أهلها عن الناس يريد ان استطاع أهلها أن يحبسوها لتكون الدواب مستخدمة غير مهملة والغنم يجب حفظ رعيها فذلك لهم وان لم يستطيعوا ذلك ووصل ضررها الى الزرع بيعت على الوجه المذكور وقال ابن حبيب قال مالك يأمر الامام ببيعها وان أكره ربها ووجه ذلك انه ليس له الاضرار بجيرانه برعي زروعهم وافساد حوائطهم واذا لم يستطع حفظ ماشيته لما عهد من عدوانها على الزرع وتعذرت القدرة على حفظها لم يمكن ازالة ضررها الا ببيعها ممن يكف أذاها بذبح أو تغريب الى بلد لا زرع فيه الا أن يشاء صاحبها أن يفعل ذلك بها فله ذلك (مسئلة) وأما ما كان من الحيوان مما لا يستطاع حراسته ومنعه من الأذى كالنحل يتخذها الرجل في القرية يضر بشجر القوم أو يتخذ فيها برجا يأوي اليه العصافير والحمام فيصيب من فرخها فتضر بالزرع قاله مطرف أرى أن يمنع من اتخاذها ما يضر بالناس في زروعهم وشجرهم لان هذا طائر ولا يمكن الاحتراس منه كما يستطاع ذلك في الماشية وقد قال مالك في الدابة التي ضريت بافساد الزرع ولا يحرس منها تباع وتغرب فالنحل والحمام أشد وكذلك الدجاج الطائرة والأوز وشبهها مما لا يستطاع الاحتراس منه وأما ما يستطاع الاحتراس منه فلا يؤمر صاحبه باخراجه واختاره ابن حبيب ومعنى ذلك ان الماشية وما يمكن الاحتراس منه بالحفظ المعهود لا يؤمر أهله ببيعه وانما يؤمر بذلك فيما تعذر ولا يمنع بالحفظ المعتاد لمثابرته على ذلك وهو بمنزلة النحل والطير الذي لا يمكن التحرز منه فانه يؤمر بازالته ابتداء وان لم يخرج على عادة جنسه ووجه ذلك انه لا يمكن التحفظ منها ولا دفع أذاها وقال أصبغ النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية لا يمنع صاحبها من اتخاذها وان ضريت وعلى أهل القرية حفظ زروعهم وشجرهم وكذلك قاله ابن القاسم وقال ابن كنانة في المجموعة وزاد وما أحب أن يؤذي أحد ووجه هذا ان هذه معان لا تضري الا بالنهار ولا يجد الناس بدا من اتخاذها لانها من منافعهم ومعظم فوائدهم فلا يمنع من اتخاذها (مسئلة) وما أصابت الماشية التي ضريت بافساد الزروع والحوائط فقد روى عيسى عن ابن القاسم ما أصابته قبل التقدم الى أربابها فلا ضمان عليهم فيه وما أصابته بعد ذلك ضمنوه ليلا أصابته أو نهارا كالكلب العقور قال واذا أخذ الكلب العقور حيث لا يجوز اتخاذه فهو ضامن تقدم اليه أو لم يتقدم وذلك يقتضي ان ما أفسدته المواشي حيث لا يجوز اتخاذها لانه ليس بموضع مسرح ولا جرت العادة بارسال المواشي فيه فان على أهلها ضمان ما أفسدته ليلا أو نهارا قبل التقدم وبعده والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن حرام بن سعد بن محيصة ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها وان ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها ﴾ ش ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها بالنهار يريد والله أعلم أحد معنيين اما أن

﴿ القضاء في الضواري والحريسة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن حرام ابن سعد بن محيصة ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها بالنهار وان ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها

ذلك واجب عليهم بالشرع لما نهى عنه من افساد الأموال وتضييعها فلما وجب لذلك حفظ الزروع التى هى معظم الأقوات وسبب المعاش كان حفظها بالنهار يلزم أرباب الزروع ولا يلزمهم ذلك بالليل لانه وقت راحتهم ونومهم وسكونهم وليس بوقت رعى للماشية فى غالب الحال والوجه الثانى ان أهل الزرع ان أرادوا حفظ زروعهم ودفع الضرر عنها فان عليهم ذلك بالنهار لما جرت العادة به من رعى المواشى بالنهار ولا بد مع ذلك من الأعمال وليس كل أحد له من يرعى ناقته ودابته فان منعها الرعى اضر بها وان أراد الحفظ لها لم يمكنه ذلك لعدم من يحفظ له والله أعلم وفائدة الكلام على الوجهين انه لا ضمان على أصحاب الماشية فيما أصابت بالنهار لما ذكرنا وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعى وقال الليث يضمن أرباب المواشى ما أفسدت بالليل والنهار والدليل عليه الحديث المتقدم والمعنى الذى ذكرناه وقد رأيت بعض من احتج لما ذكرته بقوله تعالى وداود وسليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين قالوا والنفش لا يكون الا بالليل وقد ذكر مثل هذا عن شريح وهذا ليس ببين لانه لو كان فى الآية التصريح بالحكم انه ضمن أهل الماشية التى نفشت لم يكن فيه نفى الحكم بذلك فى الراعية بالنهار الا من جهة دليل الخطاب وليس عندى بدليل صحيح فكيف والآية لم تتضمن تفسير الحكم ولا بيانه وانما فى ذلك قول أهل التفسير ولا حجة فيه والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فسواء كان محظرا أو غير محظر عليه رواه أشهب وابن نافع فى العتبية عن مالك وزاد فى المزنية عيسى عن ابن القاسم وجميع الأشياء فى ذلك سواء

(فصل) قوله وما أفسدت المواشى بالليل ضامن على أهلها بمعنى مضمون وبهذا قال مالك والشافعى روى ابن القاسم عن مالك أرى أن يقضى فيما أفسدت المواشى بما جاء فى الحديث والزروع مثل الحوائط فيما أفسدت البهائم بالليل والنهار وقال أبو حنيفة لا ضمان على أهل المواشى فيما أفسدت فى ليل ولا نهار والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم وهو ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها ومن جهة المعنى ان اهمالها بالليل من باب التعدى لانه ليس بوقت رعى معتاد فوجب أن يضمن ما أفسدت فيه كالقائد والسائق فيما أفسدت الدابة (فرع) اذا ثبت ان على أهل المواشى ضمان ما أفسدته بالليل فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان عليهم قيمته ما أفسدت على الرجاء والخوف أن يتم أو لا يتم زاد أشهب وابن نافع عن مالك فى المجموعة وان لم يبد صلاحه وزاد عيسى عن ابن القاسم قيمته لو حل بيعه قال فى رواية مطرف ولا يستأنى بالزرع أن ينبت أو لا ينبت كما يصنع بسن الصغير وجه قول مالك ان ذلك هو حقيقة ما أفسدت عليه لانه كان قائما على أصله بين رجاء وخوف أن يعوقه عائق من كثرة ماء أو قلته وغير ذلك فعلى ذلك تعتبر قيمته ولما كان قيمة هذا الزرع يعتبر فيه حاله ولا يحكم لصغيره بحكم كبيره لزم غرم قيمته على صفته ولم يعتبر بان يخلف بعد ذلك أو لا يخلف بخلاف السن الذى انما راعى الجمال والمنفعة بها فاذا نبتت كانت الجناية عليها أخف ولم يلزم ضمانها جملة واذا يئس من نباتها لزمت فيها ديتها دون قيمتها والديات مختصة بما يتلف ولا يعود فلذلك استؤنى ليعلم من نباتها أو عدمها ما يجب من قيمته أو ديته والله أعلم (فرع) اذا ثبت ان على أهل المواشى قيمة ما أفسدت فيلزمهم ذلك وان كان أكثر من قيمتها رواه ابن القاسم عن مالك وقال الليث انما عليه الأقل من قيمتها أو قيمة ما أفسدت والدليل على ما قاله مالك ومن تابعه ان هذه الجناية ليست من المواشى وانما هى من أربابها فلا يجوز لهم تسليمها بجنايتها ولا يقتصر الارش على قيمتها كما لو أصابته مع القائد أو السائق (فرع) ولو نبت الزرع قبل الحكم فيه بالقيمة فلا يخلو أن يكون الزرع الذى أفسدته مما كانت فيه

* مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن يحيى ابن عبد الرحمن بن حاطب أن رقيقا

منفعة حين الرعى أوغيره أولا تكون فيه منفعة حين رعيه فان كانت فيه منفعة فعليه قيمته حين الرعى لا راعى فيه رجاء ولا خوف مع الأدب وان لم يكن فيه منفعة فلا شئ عليه فى ماله وعليه الأدب بقدر سفهه وافساده رواه ابن حبيب عن مطرف وقال أصبغ وان عاد لهيئته فانه يقوم على الرجاء والخوف نبت أولم ينبت قبل الحكم وبعده وجه القول الأول ان الزرع له قيمتان احداهما أن يكون فى نفسه ينتفع به ويرجى تزايد منفعته والثانى أن لا يكون فى عينه منفعة الاما يرجى من انتهائه اليه فان كانت فيه منفعة لنفسه لزمه ان حكم عليه قبل نباته قيمة المنفعتين لان عليه قيمة مثل ذلك الزرع على قوة الرجاء فيه وان نبت قبل الحكم عليه وصار على ما كان عليه فقد عاد الى ما كان عليه فعلم انه لم يتلفه عليه ولزمته قيمة البقل الذى هو من نبات أصل زرعه وأما ان كان حين رعيه لا منفعة فيه ثم عاد الى ما كان عليه قبل الحكم فلم يتلف شيأ له فيه فلا شئ له عليه ووجه قول أصبغ ان ما أتلف عليه يلزمه فيه قيمة الرجاء والخوف وما تلف فانما هو فائدة الأصل الذى بقى فى الارض فهو لا يأخذ منه قيمة الاصل وانما يأخذ قيمة ما أبطل من الفرع ولانه لو أبطلت القيمة بنباته لوجب أن لا يحكم بقيمته حتى يعلم هل يعود بالنبات فتبطل القيمة أولا يعود فيثبت وجوبها كسن الصبى (مسئلة) وهذا حكم ما أفسدت من الزرع والحوائط والحرث وأما لو خرجت ليلا فوطئت رجلا قائما فقطعت رجله فانه هدر قال ذلك كله عيسى عن ابن القاسم ووجه ذلك ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال جرح العجماء جبار ومن جهة المغنى أن هذا الأمر لا يقصده المواشى غالبا فلا تحرس منه

(فصل) وهذا نص ذكره أصحابنا فى هذه المسئلة وهو عندى فى الموضع الذى يكون فيه الزرع أو الحوائط مع المسارح والمواضع عندى ثلاثة أضرب موضع تتداخل فيه المسارح والمراعى والثانى أن تنفرد المراعى أو الحوائط وليس بمكان مسرح والثالث أن يكون موضع مسرح وليس بموضع زرع فيحدث فيه انسان زرعا فان كان موضع زرع ومسارح فقد تقدم ذكر حكمه وهو الذى ورد فيه الحكم عندى والألف واللام فى الحائط والمواشى المذكورين فى الحديث للعهد لاجتماع الأمرين فيه فلو لم يكن لأهل المواشى ارسالها بالنهار فيها لخرج عن أن يكون لها مسرحا ولو لم يرد هذا بالحديث وأريد به الشاذة من المواشى لما قضى على أهل الحوائط بحفظها بالنهار لان ما يشذ ويندر لا يحتاج الى الحفظ وكان حكم ما أصابت بالنهار حكم ما أصابت بالليل وان كان موضع زرع دون سرح فهذه عندى لا يجوز ارسال المواشى فيها وما أفسدت ليلا أونهارا فعلى أصحاب المواشى ضمانه وقد قال أصبغ فى المدنية ليس لاهل المواشى أن يخرجوها الى قرى الزرع بغير ذواد ولكن عليهم أن يذودوها عن الزرع فاذا بلغوا المراعى والمسارح سرحوها هنالك فما شذ منها الى الزروع والجنات فعلى أصحاب الزرع والجنات دفعها وأما الموضع الثالث وهو موضع سرح جرت عادة الناس بارسال مواشيهم فيه ليلا ونهارا فأحدث رجل فيه زرعا من غير اذن الامام فى الاحياء فانه ليس على أهل المواشى الامتناع من ارعاء مواشيهم ليلا أونهارا وما أفسدته من زرعه بالليل فلا ضمان عليهم فيه لانه جر الجناية الى نفسه حيث زرع بموضع المسرح وأراد منع الناس من منافعهم التى قد ثبتت لهم والله أعلم

(مسئلة) واذا كانت الدواب تعبر فى الزرع فتفسده فحفر رب الزرع حول الزرع حفيرا لمكان الدواب فوقع بعضها فى ذلك فمات فروى أصبغ عن ابن القاسم لا شئ عليه ولو لم ينذرهم قال أصبغ وهو قول مالك ان شاء الله تعالى وقد قال فيمن يحفر للسارق زبية فوقع فيها السارق أوغيره انه يضمن ص * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رقيقا

حاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لأغرمنك غرما يشق عليك ثم قال للمزنى كم ثمن ناقتك فقال المزنى كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم فقال عمر اعطه ثمانمائة درهم قال يحيى وسمعت مالكا يقول وليس على هذا العمل عندنا فى تضعيف القيمة ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه انما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها ﴾ ش قوله ان رقيقا لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها لا يخلو أن يكون ثبت ذلك عندهم ببينة أو باقرار العبيد مع دعوى المزنى أو بدعوى المزنى فى ذلك معرفة حاطب وطلبه بيمينه على ذلك فنكل حاطب وحلف المزنى فان كان ذلك ببينة أو نكول حاطب وحلف المزنى فعلى ما تقدم فى سائر الحقوق وقال ابن عباس فى عبد انتحر حارا وقال خفت أن أموت جوعا لا يقطع ويغرم سيده ثمن الحمار وقال محمد وذلك اذا ثبت أن السيد كان يجيعه فيغرم أو يسلمه وانما غرم عمر حاطبا وترك قطع عبيده لانه كان يجيعهم فعلى هذا أيضا لم يجمع بين القطع والقيمة وقد قال فى الحديث انه أمر كثير بن الصلت بقطع أيديهم فعلى رأى ابن المواز انصرف عنه الى التقويم لما ثبت عنده انه كان يجيعهم وعلى رأى أصبغ انه جمع بين الأمرين ولعله كان للعبيد مال فوقع الغرم منه وقال لحاطب لأغرمنك غرما يشق عليك يريد أن يأخذ ذلك من مال عبيده الذى كان له أخذه ويشق عليه أن يؤخذ جميعه أو الكثير منه فبه كانوا يقدرون على السعى والتكسب ان كان ذلك باقرار العبيد فقد قال مالك لا يقبل من اقرار العبيد الا ما ينصرف الى جسده فأما ما يلزم سيده به أمر فلا فهذا على الاطلاق ويعرى فى القضية مما يقويها وأما اذا اقترن بالقضية ما يشهد لها من شاهد الحال فان اقراره مقبول فيما يتعلق بمال سيده وقد قال مالك فى عبد أصاب صبيا بموضحة فأتى متعلقا به ولا بينة له فأقر العبد بما كان قريبا من فعله ويأتى مكانه متعلقا به فليقبل منه فأما ما بعد وانما يقول كنت فعلته فلا يقبل منه وقاله ابن القاسم وقد قال مالك فى عبيد دخل عليهم وعندهم شاتان مذبوحتان يعرفان لجارهم فأقر اثنان منهم وجحد الثالث ان غرم ذلك على سادتهم فعلى هذا أيضا يحتمل أن يكون انما أغرم حاطبا لما وجدت الناقة بين أيدى العبيد وعرف انها كانت للمزنى الطالب لها وثبت ذلك بالبينة

(فصل) وقوله فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم قال عيسى فى المدونة معنى ذلك عندنا أنهم سرقوها من حرزها ولم يسرقوها من المرعى وسيأتى معنى الحرز مفسرا فى كتاب القطع فى السرقة

(فصل) وقوله أراك تجيعهم يحتمل أن يكون العبيد قد شكوا ذلك اليه واعتذروا به لسرقتهم ويحتمل أن يكون ثبت ذلك عنده ببينة شهدت به ويحتمل أن يكون رأى فيهم من الضعف ما استدل به عليه فأنكر عليه اجاعتهم لانه يلزم السيد أن لا يجيع رقيقه بل يشبعهم الوسط أو يبيعهم لما روى أبو ذر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم

(فصل) وقوله والله لأغرمنك غرما يشق عليك يريد به الغرم الكثير الذى يعلم أن حاطبا يتوجع له مع كثرة ماله ولعله أداه اجتهاده على أن ذلك يجوز له على وجه الادب والتعزير لحاطب على اجاعته لرقيقه واحواجه لهم الى السرقة التى كانت سبب قطع أيديهم وسبب اتلاف ناقة المزنى فرأى أن يغرمه اياها ولعله قد كان كرر نهيه اياه عن ذلك وحدله فى قوتهم حدا لم يمتثله قال مالك فيمن اتخذ

في ماشيته كلبا عقورا فتقدم اليه الامام في ازالته فلم يزله وقتل أحدا أن على صاحبه ديته ولا شك أنه لو كان عبدا للزمته قيمته وقد قال مالك فمن غش لبنا أو زعفرانا أو مسكا لا يهراق وليتصدق به ولم يخص قليلا ولا كثيرا وقال ابن القاسم وغيره انما ذلك في اليسير فأما الكثير فلا يتصدق به ويوجع أدبا هذا الذي أشار اليه أصحابنا في تأويل هذا الحديث ويحتمل عندي أن يكون أراد الغريم لما أوجب عليه من قيمة الناقة لما اعتقده من كثرة قيمتها وان حاطبا شق عليه غرم مثلها والله أعلم وقد سأل ابن مزين أصبغ عن قول مالك ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة ان كان مالك يرى على السيد الغرم من غير تضعيف قال أصبغ لا يلزم السيد من ذلك الا قيمة واحدة لا أقل ولا أكثر لا في ماله ولا في رقاب العبيد القطع الذي وجب عليهم قال الداودي غلط من ظن أن القطع نفذ وانما كان عمر أمر بقطعهم ثم قال أراك تجيعهم ثم أمر بصرفهم ولم يقطعهم وعذرهم بالجوع وهذا معلوم من سيرة عمر في عام الرمادة فانه لم يقطع سارقا وقد روى ابن وهب في موطئه هذا مفسرا من حديث أبي الزناد عن أبيه عن عروة أن عبد الرحمن بن حاطب قال توفي حاطب وترك أعبدا منهم من يمنعه من ستة آلاف يعملون في مال لحاطب بسوان فأرسل عمر فقال هؤلاء عبيدك قد سرقوا ووجب عليهم ما وجب على السارق فانتحروا ناقة لرجل من مزينة واعترفوا بها ومعهم المزني فأمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم أرسل وراءه من يأتيه بهم فجاءهم فقال لعبد الرحمن بن حاطب أما لولا أني أظنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعتهم ولكن والله اذ اتركتهم لأغرمنك غرامة توجعك (مسئلة) وان كان للعبيد أموال فقد قال أصبغ انما كان يكون غرمها في أموال العبيد لو كانت لهم أموال والا فلا شيء وانما يكون في رقابهم ما كان من سرقة لا قطع فيها فيخير السيد بين اسلامهم أو افتكاكهم بقيمتها وقال ابن المواز لا يتبع في السرقة التي تقطع في رقبته ولا فيما في يده ولو ثبت ذلك بالبينة اذا لم توجد بعينها الا ان ماله انما صار له بعد العتق

(فصل) وقوله للمزني كم ثمن ناقتك يريد قيمتها يحتمل أن يكون ذلك لما انتفى حاطب من معرفة قيمتها لان القول قول الغارم ويحتمل أن يكون بدأ بالمزني ليعرف منتهى ما يدعيه ثم توقف حاطب عن الاقرار بذلك والانكار له وهكذا وجه العمل لانه لا يوقف مدعى عليه حتى يعلم منتهى دعوى المدعي في دعواه تلك في قدرها وجنسها فيصح توقيف المدعى عليه على ذلك ليقر بعد ذلك أو ينكر

(فصل) وقول المزني كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم على معنى الاخبار بقيمتها على التحري بذلك وان ذكر أقل ما يمكن من قيمتها وما كان يمتنع من بيعها به ويحتمل أن يكون قسمه على معنى تحقيق دعواه والاخبار عن تيقنه كما قال وما ادعى من القيمة لا على معنى الاستحقاق للقيمة بيمينه ولم يحتج عمر أن يحلفه إما لان حاطبا صدقه لان قوما شهدوا له بذلك أو لانه بنى أن يأخذ له من حاطب أكثر من القيمة على معنى التأديب له لما جناه باجاعة رقيقه ولذلك لم يقتصر على ما ادعاه المزني من قيمة ناقته حتى أضعف ذلك عليه ورأى المزني أحق الناس بذلك لانه هو الذي جني عليه بتفويت ناقته لانه وان كان أخذ قيمتها أربعمائة درهم فقد كان له غرض في عينها ففوته عينها بسرقتها ونحرها وهذا وان كان وجها لاجتهاد عمر فالقضاة اليوم لا يرون ذلك ويرون على من جنى بتعد أو غيره قيمة واحدة هذا اذا حملنا قول عمر على أنه قصد تضعيف القيمة عليه ويحتمل انه لم يقصد ذلك وقصد وجها من وجوه سنذكر بعضها بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله أعطه ثمانمائة درهم ظاهره تضعيف القيمة التي ادّعاها المزني وقد قال مالك بأثر

﴿ القضاء فيمن أصاب شيأ من البهائم ﴾

* قال يحيي سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن أصاب شيأ من البهائم ان على الذى أصابها قدر ما نقص من ثمنها * قال يحيي وسمعت مالكا يقول فى الجمل يصول على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره فانه ان كانت له بينة على انه أراده وصال عليه فلا غرم عليه وان لم تقم له بينة الا مقالته فهو ضامن للجمل

الحديث ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة وانما العمل عندنا أن يغرم الرجل قيمة البعير يوم يأخذه ظاهره أيضا انه لم يكن يرى ظاهر حديث عمر فى تضعيف القيمة على الجانى * قال القاضى أبو الوليد ويحتمل عندى أن يكون عمر انما أضعف القيمة لان المزنى ادعى لنفسه قيمة ناقة فى بلد أو زمن غير البلد والزمن التى سرقت به والقيمة تتضاعف فيه ولذلك قال وانما يلزم الرجل قيمة البعير يوم أخذه يريد أن قيمته ان زادت بعد أن عرف صاحبها قيمته بتغير الأسواق بانتقال زمن أو بنقله الى مكان فان تلك الزيادة له ولو نقصت لكان النقصان عليه وقد قال الشيخ أبو محمد رأيت لابن كنانة انه انما سأله عن ثمن ناقته فأضعفه يحتمل أن يصادف تضعيف القيمة قيمتها اليوم قال غيره ولو لم يقل بذلك أحد بعده لم يجب القول به ولو أجمعوا على ترك العمل بحديث النبى صلى الله عليه وسلم لترك وعلم أنهم لم يجمعوا الا لأمر يجب المصير اليه غير أن الأول أظهر والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول مالك وانما يغرم الرجل قيمة البعير يوم أخذه يريد أن ما لحقه من نقص فى ضمان من أخذه فان أدركه نقص ثم هلك ضمنه الآخذ سالما من ذلك النقص وان وجده ناقصا فعلى ما قدمناه قبل هذا من مراعاة النقص ان كان من فعل الآخذ أو من فعل غيره وان زاد عند المتعدى فوجده صاحبه كان له أخذه بزيادته وان هلك بعد الزيادة لم يكن عليه الا قيمته يوم الأخذ وبالله التوفيق

﴿ القضاء فيمن أصاب شيأ من البهائم ﴾

ص ﴿ قال يحيي سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن أصاب شيأ من البهائم ان على الذى أصابها قدر ما نقص من ثمنها ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من أصاب شيأ من البهائم فنقصتها جنايته نقصا لم يمنع منفعتها المقصودة منها كان عليه قيمة ما نقص من قيمتها وذلك أن تساوى سالمة عشرة دنانير وتساوى بالجناية ثمانية فان عليه ما نقص منها وذلك خمس قيمتها وذلك ما لم تتلف منفعتها المقصودة منها فان أتلفت منفعتها المقصودة منها من عمل بها أو غيره فعليه قيمتها وبه قال الليث وقال الشافعى ليس عليه الا ما نقص منها وبه قال أبو حنيفة فى عين الدابة والبقرة ربع ثمنها وفى شاة القصاب ما نقصها قال الطحاوى وهذا استحسان وقد تقدم الكلام فى هذا فى باب القضاء فى استهلاك الحيوان بما يغنى عن اعادته والله أعلم ص ﴿ قال يحيي وسمعت مالكا يقول فى الجمل يصول على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره فانه ان كانت له بينة على انه أراده وصال عليه فلا غرم عليه وان لم تقم له بينة الا مقالته فهو ضامن للجمل ﴾ ش وهذا على ما قال ان من صال عليه جمل أو دابة فقتلها أو قامت له بينة بأنه قد خافها على نفسه أن تقتله فلا ضمان عليه وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة والثورى هو ضامن والدليل على ما نقوله ان من قتل مخوفا على نفسه دفعاله عنها فانه لا ضمان عليه فيه كالعبد يريد قتل الحر فيقتله الحر دفعاله عن نفسه فانه لا شئ عليه من قيمته (مسئلة) وهذا حكم الجمل اذا صال فقتل أو عض فلا يخلو أن يكون لم يشتهر بذلك عند صاحبه والناس ولم يتكرر ذلك منه أو يكون قد تكرر ذلك منه حتى شهر بذلك وخيف من أجله فان كان لم يشتهر بذلك فلا ضمان على صاحبه حتى يتقدم اليه السلطان فيه فاذا تقدم اليه فيه فقد قال مالك اذا تقدم اليه فى البعير والدابة ضمن ما أفسدت بعد ذلك ليلا أو نهارا وقال أشهب فى العتبية لا يضمن رب الدابة على كل حال تقدم اليه السلطان فى ازالته أو جيرانه فهو حكم عليه بضمان ما يتلفه فلزمه بذلك كالحائط المائل وجه قول أشهب قوله صلى الله عليه وسلم جرح العجماء جبار ومن جهة المعنى ان اتخاذه مباح ولو لم يكن اتخاذه مباحا على

الاطلاق لضمن جنايته وان لم يتقدم اليه (فرع) اذا قلنا يضمن فهل يكون ذلك فى ماله أو على عاقلته قال مالك فى الجمل الصؤول قد عرف بذلك يدخله صاحبه المدينة انه يضمن ما أصاب وهو على العاقلة وقال ابن المواز ما بلغ ثلث الدية فعلى العاقلة وقد روى عيسى عن ابن القاسم ان هذه الجناية تكون فى مال صاحب الجمل الصؤول والكلب العقور ولا شئ من ذلك على العاقلة وجه القول الأول انها جناية مضاف خطؤها الى صاحب الدابة فاذا بلغت الثلث فهى على العاقلة كما لو باشرها ووجه الرواية الثانية انها جناية من مملوك فلم تتجاوز مال صاحبه الى العاقلة أصل ذلك جناية العبد (مسئلة) وأما الكلب العقور فان المعانى المؤثرة فى ضمان صاحبه أن يتخذه وهو يعلم انه يعقر والثانى أن يتخذه لما لا يجوز له اتخاذه والثالث أن يتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه والرابع أن يتقدم اليه فيه فاما علمه بعقره فان كان قد تكرر ذلك منه وشهر به وخيف من أجله فهو أشد من الحائط المائل وقد قال أشهب فى المجموعة فى الحائط المائل المخوف الذى بلغ شدة الغرر فلم يهدمه وقد أمكنه هدمه يضمن ما سقط عليه أشهد عليه أو لم يشهد عليه لانه متعد كمن أوقف دابته بحيث لا يجوز له وان لم يبلغ ذلك لم يضمن أشهد عليه أو لم يشهد ويضمن اذا تقدم اليه السلطان وأما اذا كان الكلب انما جرى ذلك له مرة أو فى الندرة ولم يشتهر فهذا لا يضمن حتى لا يتقدم اليه السلطان فيه وانما المعنى الثانى وهو ان يتخذه لما لا يجوز له اتخاذه مثل أن يتخذ كلبا لدفع السراق عن ماشيته فانه يضمن ما عقر ولو اتخذه لدفع السباع عنها لم يضمن وأما المعنى الثالث بان يتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه فقد روى ابن وهب عن مالك فيمن اتخذ كلبا فى داره لماشيته انه يضمن ما عقر قال محمد لانه للناس اتخذه لان الماشية انما يخاف عليها فى الدار من الناس وانما أبيح اتخاذ الكلب للزرع والحرث والماشية فى مواضع رعيها وحيث يدفع الذئاب عنها قال محمد وهو قول أشهب وروى أصبغ عن ابن القاسم فى المزنية ان اتخذه حيث يجوز له اتخاذه لم يضمن حتى يتقدم اليه فيه وان اتخذه حيث لا يجوز له ضمن وقد قال مالك فى الجمل الصؤول قد عرف بذلك يدخله صاحبه المدينة يضمن ما أصاب فعلى هذا ان عرا من هذه المعانى كلها لا يضمن وان وجدت فيه كلها ضمن وان لم يتقدم اليه وان وجد فيه بعضها فعلى حسب ما تقدم (فرع) وفى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فى الدابة تصول تعدو على الصبى فتقتله مربوطة أو تنفلت من رباطها وقد أعذر اليه الجيران لا ضمان عليه حتى يتقدم اليه السلطان ويجب أن يكون قدر بطه فى موضع يجوز له ربطه فيه على وجه يؤمن غالبا حتى يكون ذلك مبيحا لاتخاذه على ذلك الوجه وانما الكلب العقور الذى شهر بذلك يتخذه الرجل حيث يجوز له اتخاذه لعقر السباع فهذا أيضا اذا عقر الناس وآذاهم لا ضمان عليه حتى يتقدم اليه السلطان لانه موضع يجوز له اتخاذه وقد قال أشهب فى العتبية لا يضمن رب الدابة على حال تقدم اليه السلطان أو جيرانه فيحتمل أن يريد دابة خيف ذلك منها ولم يتقدم لها عقر ولا شهرت به فيكون وفاقا لما تقدم ويحتمل أن يريد الذى تقدم لها الصول والأذى فيكون خلافا لقول مالك ويفرق بينه وبين الكلب بان الكلب منهى عن اتخاذه وانما أبيح اتخاذه لدفع الضرر على وجه ما والجمل مباح اتخاذه على الاطلاق وانما يؤمر صاحبه بكف ضرره اذا ثبت ضرره (مسئلة) والتقدم الى صاحب الكلب والجمل انما يكون اذا ثبت ضرره ويحتمل عندى أن يتقدم اليه فيه اذا ثبت انه على حال كان يتقى ضرره ولا يؤمن عقره كالحائط المائل وقد قال ابن مزين لا يكون التقدم الا عند السلطان اذا كان بموضع فيه سلطان فان كان بموضع لا سلطان فيه أشهد عليه العدول بالتقدم اليه فقط ووجه ذلك

ان هذا حكم ولا يثبت حيث يكون حاكم الا بحكمه وأما موضع لا حاكم فيه فجماعة المسلمين تقوم مقام الحاكم في مثل هذا من الأمور التي يضطر الناس اليها وهذا حكم من يكون التقدم منه وأما من يكون التقدم اليه فهو المالك والناظر له من أب أو وصي دون المحجور عليه قاله محمد بن عبد الحكم في الحائط المائل (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز له اتخاذ كلب الصيد في داره روى معناه ابن المواز عن ابن القاسم وليس له اتخاذه في داره لحراسة الناس ولا ممن يسرق لانه ليس من الوجوه التي ورد الشرع باباحة اتخاذها لها لانه لا يباح له عقر السارق ولا قتله وانما أبيح له طرده وعقر السباع المؤذية في الزرع والماشية مباح وكذلك الصيد للأكله والله أعلم

(فصل) وقوله فان لم تقم له بينة الا قوله ضمن ولم يذكر ان كان يثبت ذلك بشاهد ويمين أم لا ويحتمل أن يكون فيه الخلاف على ما يأتي بعد هذا وأما اذا صال الجمل فقتل فقد روى عيسى عن ابن القاسم في المزنية في الكلب العقور أو الجمل الصؤل والثور ان أصابوا رجلا بعد التقدم الى أربابها ولم يشهد على ذلك الا شاهد واحد ان ورثته يحلفون يمينا واحدة ويستحقون دية صاحبهم وقال أصبغ لا يثبت من هذا الا ما شهد به شاهدان وأنكر رواية عيسى في ذلك انكارا شديدا وقال دية الحر المسلم لا تثبت بيمين وشاهد واحد وجه قول ابن القاسم ان هذه شهادة لا يستحق صاحبها غير المال بوجه فثبتت بشهادة ويمين كالقرض والقراض ووجه رواية أصبغ ان هذه جناية في الجسد على حر فلم تثبت الا بشاهدين كما لو جناها انسان

﴿ القضاء فيما يعطى العمال ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن دفع الى الغسال ثوبا يصبغه فصبغه فقال صاحب الثوب لم آمرك بهذا الصبغ وقال الغسال بل أنت أمرتني بذلك فان الغسال مصدق في ذلك والخياط مثل ذلك والصائغ مثل ذلك ويحلفون على ذلك الا أن يأتوا بأمر لا يستعملون في مثله فلا يجوز قولهم في ذلك وليحلف صاحب الثوب فان ردها وأبى أن يحلف حلف الصباغ ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان الصانع اذا دفع اليه ثوب فصبغه وأنكر صاحب الثوب أن يكون أمره بذلك فالقول قول الغسال انه أمره بذلك وهذا ظاهر لفظ الكتاب الا أن صاحب الثوب قد ينكر وهو على وجهين أحدهما أن يقول أمرتك أن تصبغه والثاني أن يقول لم آمرك بصبغه فاذا قال أمرتك أن تصبغه فانه أيضا على قسمين أحدهما أن يقول له أمرتك بغير هذا الصبغ والثاني أن يقول له أمرتك بهذا الصبغ ويختلفان في القدر فان قال أمرتك بغير هذا الصبغ ولم يكن لواحد منهما بينة فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده فان كان قبل العمل فقد قال يتحالفان ويتفاسخان ووجه ذلك انه لم يفت بالعمل وقد تحالفا في صفة ما وقع التبايع عليه فوجب أن يتحالفا ويتفاسخا كبيع الأعيان (مسئلة) فان تحالفا بعد العمل فالقول قول الصباغ وكذلك سائر الصناع فيما يحوزه الصانع بالفوت ولماله فيه من العمل بوجه حق وقال أبو حنيفة والشافعي القول قول صاحب الثوب وجه قول مالك ان الصانع حائز فلا يستحق أخذه منه الا بعد أداء ماله فيه وصاحب الثوب مدع لأخذ ما في يده من الثوب والصبغ على غير هذا الوجه الذي يقر به الصباغ فكان القول قول الصباغ وقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في الحائك يقول أمرتني أن أنسج لك سبعا في ثلاث وقال صاحبه بل سبعا في أربع ان الحائك مصدق مع يمينه ولو قال البناء أمرتني أن أبني بيتا

﴿ القضاء فيما يعطى العمال ﴾
* قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن دفع الى الغسال ثوبا يصبغه وصبغه فقال صاحب الثوب لم آمرك بهذا الصبغ وقال الغسال بل أنت أمرتني بذلك فان الغسال مصدق في ذلك والخياط مثل ذلك والصائغ ويحلفون على ذلك الا أن يأتوا بأمر لا يستعملون في مثله فلا يجوز قولهم في ذلك وليحلف صاحب الثوب فان ردها وأبى أن يحلف حلف الصباغ

خمسا فى خمس وقال رب العرصة بل عشرة فى عشرة تحالفا فان حلفا فسخ ذلك ويقلع البناء
نقضه الا أن يشاء رب العرصة أن يدفع اليه قيمته مقلوعا وان نكل البناء وحلف صاحب العرصة لزمه
ما قال البناء والفرق بينهما ان الحائك حائز لما صار فى يديه والبناء لم يحز العرصة ولا ما بنى فيها بل
صاحب العرصة حائز لذلك كله لانه فى يده والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا اذا اختلفا فى العمل
فان اختلفا فى الأجرة فيقول الصانع عملته بأربعة دراهم ويقول صاحبه استأجرتك بدرهمين فان
كان لم يفت بالعمل تحالفا وتفاسخا وان فات بالعمل فالقول قول الصانع بخلاف البناء فالقول
قول صاحب العرصة بعد البناء ذكره ابن نافع فى النوادر عن مالك وذلك ان الصانع له يد على ما صنع
فيه فالقول قوله فيما بيده ولا يستحق أن يخرج عمله من يده بما يدعيه عليه صاحب الثوب والبناء
عليه يد صاحب العرصة فالبناء يدعى عليه زيادة فى ثمن عمل قد فات وقبض منه فالقول قول صاحب
العرصة لانه غارم مدعى عليه فيما بيده والله أعلم (مسئلة) ولو قال الصانع لم تأمرنى بشئ وقال صاحبه
أمرتك بكذا ففى كتاب محمد فى الخائط يقطع الثوب قميصا فيقول صاحبه أمرتك بقطعه فرملا أن
الخياط مصدق ولا يضمن اذا حلف الا أن يقطعه قطعا لا يلبسه الآمر وقال ابن ميسر اذا أقر الصانع
انه لم يأمره بشئ فهو متعد وانما يصح الجواب اذا قال له صاحب الثوب اقطعه على ما ترى وقد عرف
ما يقطع للرجل فوجه القول الأول ان العامل لما كان مصدقا مع يمينه فى العمل لمكان اليد صدق
فى انكار الصفة وكان سكوت رب الثوب عن الصانع بمعنى اصنع ما تراه وانما يجب أن يكون ذلك
اذا افترقا عن أن يشرع فى العمل دون وصف وأما اذا افترقا عن أن يعود اليه فيصف له ما يريد فهو
على ما قاله ابن ميسر ولا يكاد أن يتحقق من القسمين قسم ثالث الا بأن يفارقه صاحب الثوب على
أن يعود اليه للوصف ويعتقد الصانع انه قد أذن له فى العمل فعلى هذا يجب أن يكون القول قول
العامل لانه حكم ما يترك عنده غالبا والله أعلم وأحكم وجه قول ابن ميسر انه أقر الصانع أنه لم يؤمر
بشئ فهو متعد لاقدامه على العمل دون صفة ودون ما يقوم مقامها من العرف (مسئلة) فان اتفقا
على انه لم يصف له شيأ فيقول له صاحبه أردت كذا ويقول الصانع رأيت هذا مما يصلح لك فقد روى
عيسى عن ابن القاسم فيمن دفع الى صانع جلدا ليعمل له خفين اذا عمل ما يشبه لباس الناس ولباس
الرجل لم يضمن ولانه فوض اليه قال وكذلك الخياط فى الثوب وعامل القلانس فى الظهارة
ووجه ذلك أنه اذا قال اصبغ ثوبى هذا لونا فان أمره يتناول كل لون فأى لون صبغه الصباغ
كان به ممتثلا لأمر الآمر وهذا اذا كان اللفظ يقتضى التفويض لصنعته أو اقترن به ما يقتضى
التفويض ولو اقترن به ما يقتضى لونا يكون الى رب الثوب تعيينه لكنه أخر ذلك لوجه رآه فقد
روى عيسى عن ابن القاسم وأما الصباغ يصبغ الثوب لونا بغير اذن ربه فهو ضامن كمن أمر رجلا
بشراء خادم أو جارية ومعنى ذلك انه لم يوجد من صاحب الثوب ما يقتضى التفويض اليه لان ذلك
اذن له يدل على ذلك ما تقدم فى قوله فى مسئلة الخفين واذا تقدم هذان القسمان فان قول رب
الثوب أصبغ هذا الثوب لونا يقتضى باطلاقه التفويض الى الصباغ ولا سيما على قول من قال من
أصحابنا ان الأمر على الفور وذلك أيضا على قول من يقول انه على التراخى لانه لا خلاف انه يجوز
للمأمور امتثال الأمر المطلق على الفور الا أنه على القول الأول ألزم الا أن يقترن به ما يمنع التفويض
وهذا أيضا معنى قوله اشتر لى خادما وفى المدونة من قول مالك فى الرجل يأمر الرجل يشترى له
خادمة ولا يصفها له أنه ان اشترى له من يكون مثلها من خدمه لزمت الآمر وهذا التخصيص بالعرف

ولولا العرف للزمه أى خادم اشترى له اذا اقتضى اللفظ ذلك وتعدى عما يصرفه عن مقتضاه

(مسئلة) وأما اذا قال أمرتك بهذا الصبغ واختلفا فى القدر ففى المدونة من قول مالك فى الصباغ يصبغ الثوب فيقول صبغته بعشرة دراهم ويقول صاحب الثوب أمرتك بخمسة دراهم القول قول الصباغ اذا كان مافى الثوب من الصبغ يشبه ذلك فان أتى من ذلك بما يستدل به على كذبه ويشبه قول صاحب الثوب فالقول قول صاحب الثوب وان أتى بما لا يشبه رد الى اجارة المثل ومعنى ذلك أن القول قول الصباغ بثلاثة شروط أحدها ماتقدم وهو أن يكون مافيه من الصبغ يشبه ماقال والشرط الثانى أن يتفقا أو يقول الصباغ لم يكن فيه صبغ فان اتفقا على انه قد كان فيه صبغ فالقول قول صاحب الثوب فى المقدار الذى اتفقا عليه اذا كان مازاد من الصبغ يشبه ماقال والشرط الثالث أن يعمله الصباغ عنده ويغيب عليه فأما اذا لم يدفع اليه الثوب ولم يغب عليه ففى المدونة فى مسئلة الثياب مايقتضى أن القول قول صاحب الثوب لان اليد له والله أعلم وأحكم

(مسئلة) واذا قال رب الثوب عملته لى بغير أجر ولا عوض وقال الصباغ بل بأجر كذا وكذا درهما ففى المدونة من قول ابن القاسم القول قول العامل اذا أتى بما يشبه أجر مثله والا رد أجر مثله قال غيره لان رب الثوب مقر انه دفعه اليه ليصبغه له و يدعى عليه هذه الأجرة وههنا ان كان ادعى الصباغ أجر مثله فلا يمين على رب الثوب لانه يدفع عن نفسه به شيأ وان ادعى الصباغ أكثر من أجر مثله حلف رب المتاع ليسقط عن نفسه مازاد من القيمة على أجر المثل

(فصل) وأما اذا قال لم آمرك بصبغه فلا يخلو أن يقول دفعته اليك ولم آمرك بصبغه أو يقول لم أدفعه اليك فان قال دفعته اليك وديعة ولم آمرك فيه بعمل وقال الصانع بل أمرتنى بالعمل ففى المدونة قال ابن القاسم القول قول العامل وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون القول قول العامل اذا صبغه مايشبه وقال غيره فى المدونة العامل مدع وجه القول الأول أن اليد للعامل ومع ذلك فقد أقر صاحبه بتسليمه اليه فوجب أن يكون القول قول العامل فى صفة القبض ولا يكون للدافع قبضه منه الا ببينة أو اتفاق ووجه القول الثانى أن اقرار رب الثوب انما هو فى تسليمه اليه وأما الاذن فيما فيه من العمل فقد ادعاه العامل وأنكر رب الثوب فالقول قوله ان لم يكن للعامل بينة

(فرع) اذا ثبت ذلك فالقول قول العامل فيما يشبه من الاجرة والا رد الى أجرة مثله قاله ابن القاسم فى المدونة وقال غيره له الاقل من أجرة المثل أو ما ادعاه وقد قال أبو محمد عبد الحق ان العامل اذا ادعى مايشبه أجرته فلا يمين على رب الثوب لأنه لا يحط عن نفسه بها شيأ وان ادعى أكثر من ذلك فعليه اليمين ليحط عن نفسه مازاد على أجرة المثل (مسئلة) واذا قال رب الثوب سرق منى ولم أدفعه اليك وقال بل استعملتنيه فقد قال ابن القاسم فى المدونة يتحالفان و يقال لصاحب المتاع خذه معمولا وادفع أجرة مثله فان أبى قيل للعامل خذه وادفع قيمته غير معمول فان أبى كانا شريكين هذا بقيمة عمله وهذا بقيمة متاعه غير معمول لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون القول قول رب الثوب ويكون له أن يدفع اليه قيمة الصبغ أو يلزمه قيمة الثوب غير مصبوغ الا أن يشاء الصباغ أن يسلم اليه الثوب مصبوغا بغير شئ فان أبى كانا شريكين صاحب الثوب بقيمته أبيض والصباغ بما زادت قيمته بالصبغ رواه أصبغ عن ابن القاسم وقال الغير فى المدونة لا يكونان شريكين والعامل مدع وجه القول الاول انه لما كان لكل واحد منهما شبهة ولم يعلم بتعدى العامل أدتهما الاباية الى الشركة كالذى يبنى فى أرض غيره بشبهة ووجه قول الغير ان

الصانع مدع فلا يجوز له أن يدخل ضرر الشركة على صاحب الثوب ويجبر على أن يدفع قيمة الثوب (فرع) اذا ثبت ذلك فوجه العمل فى التحالف قال الشيخ أبو محمد ان اختار رب الثوب أن يأخذ ثوبه ويعطيه قيمة الصبغ وكانت قيمة الصبغ أقل مما ادعى الصانع أو أكثر من ذلك أدى ذلك رب الثوب ولا يمين عليه وان كانت قيمة الصبغ مثل ما ادعى الصانع حلف رب الثوب ما دفعه اليه ويؤدى قيمة الصبغ فان قال أريد أن أضمنه فان طاع الصباغ ان يعطيه قيمة ثوبه أبيض فلا يمين على واحد منهما وان أبى تحالفا وكانا شريكين فى الثوب هذا مذهب ابن القاسم وأما على قول الغير ان الصانع مدع فيحلف رب الثوب انه ما دفعه اليه ثم يجبر الصانع على دفع قيمة الثوب هذا قول الصقليين والقرويين من شيوخنا وهو مخالف لظاهر لفظ الكتاب لأن ظاهر لفظ الكتاب يقتضى التحالف قبل التخيير وعلى ما تأولوه يثبت التخيير قبل التحالف * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى ان حمل اللفظ على ظاهره أولى وهو ان يبدأ بأيمانهما قبل التخيير لأن التخيير انما يستحق بعد الأيمان فحلف أولا رب الثوب ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من الاذن فى الصبغ ويحلف الصانع ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من التعدى فاذا كمل ذلك بينهما بدئ بتخيير رب الثوب لأن الاصل له وقد بسطت القول فى هذه المسئلة فى شرح المدونة والله أعلم بالصواب ص ﴿ قال وسمعت مالكا يقول فى الصباغ يدفع اليه الثوب فيخطئ به فيدفعه الى رجل آخر حتى يلبسه الذى أعطاه اياه انه لا غرم على الذى لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب وذلك اذا لبس الثوب الذى دفع اليه على غير معرفة بانه ليس له فان لبسه وهو يعرف انه ليس ثوبه فهو ضامن له ﴾ ش قوله ان الصباغ يضمن ما أخطأ به من الثياب التى بعضها للقابض لما يقتضى ضمان الصناع مما ضاع عندهم مما قبضوه على ما نفسره بعد هذا وضمانهم فى الجملة مما أجمع عليه العلماء وقال القاضى أبو محمد انه اجماع الصحابة وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه لا يصلح الناس الا ذلك * قال مالك فى المدونة والموازية وغيرها وذلك لمصلحة الناس واذ لا غنى بالناس عنهم كما نهى عن تلقى السلع وبيع الحاضر للبادى للمصلحة وبمثل ذلك ضمن الاكرياء الطعام خاصة للمصلحة وما أدركت العلماء الا وهم يضمنون الصناع قال القاضى أبو محمد لأن ذلك تتعلق به مصلحة ونظر للصناع وأرباب السلع وفى تركه ذريعة الى اتلاف الاموال وذلك أن بالناس ضرورة الى الصناع لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه أو يصبغه فلو قلنا القول قول الصناع فى ضياع الاموال لتسرعوا الى دعوى ذلك وللحق أرباب السلع ضرر لأنهم بين أمرين اما أن يدفعوا اليهم المتاع فلا يؤمن منهم ما ذكرناه أو لا يدفعوه فيضر بهم فكان تضمينهم خلافا للفريقين ودليلنا من جهة المعنى انه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق للاخذ بعقد متقدم فلم يقبل قوله فى تلفها كالرهن والعارية (مسئلة) ولو شرط الصانع انه لا ضمان عليه ففى العتبية والموازية عن أشهب عن مالك لم ينفعه الشرط وروى عن أشهب أن ذلك ينفعه وجه القول الاول انه محل الضمان متفق عليه فلا يجوز نقله بالشرط كشرطه فى القرض والبيع ووجه القول الثانى انه شرط الضمان فيما يسقط عنه الضمان بالبينة عن تلفه من غير تعد فوجب أن ينفعه ذلك ويسقط عنه لأن معنى ذلك تصديقه فى الضياع ومن شرط التصديق نفعه كمن شرط ذلك فى الاقتضاء والمشهور عن أشهب انه ضامن مع البينة والله أعلم (مسئلة) ومن أعطى ثوبه لصانع يعمل فيه فقال يكون عندى حتى آتى فأعاملك فيه فيضيع فقد روى ابن حبيب عن أصبغ انه ضامن لأنه تركه عنده على العمل لا على الامانة (مسئلة) وسواء كان الصانع

* قال وسمعت مالكا يقول فى الصباغ يدفع اليه الثوب فيخطئ به فيدفعه الى رجل آخر حتى يلبسه الذى أعطاه اياه انه لا غرم على الذى لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب وذلك اذا لبس الثوب الذى دفع اليه على غير معرفة بأنه ليس له فان لبسه وهو يعرف انه ليس ثوبه فهو ضامن له

خاصا أو مشتركا خلافا لأبى حنيفة فى قوله يضمن المشترك وللشافعى فى قبض المشترك قولان هذا الذى حكاه القاضى أبو محمد وحكى ابن حبيب عن مالك لا يضمن الصانع الخاص وهو الذى يحمله الى مكانه يصنع فيه والذى يعمل فى حانوته هو المشترك قال وقاله كله أصبغ واذا كان معنى الخاص الذى يعمل عندك فالمشهور من المذهب انه غير ضامن وبه قال ابن القاسم وغيره من أصحابنا وان كان معنى الخاص الذى لم ينصب نفسه للعمل وانما عمل بهذا خاصة ففى العتبية قال عيسى من دفع ثوبا الى رجل يقصره أو يخيطه أو يرقعه فضاع عنده لم يضمنه اذا لم ينصب نفسه صانعا وهو كالامين حتى ينصب نفسه لذلك فيضمن فاذا قلنا ان الخاص هو من عمل فى منزل صاحب المتاع وانه لا يضمن فقد روى عيسى عن ابن القاسم وابن وهب فى العتبية انه لا يضمن ما أصاب الثوب من حرق أو فساد الا ان يغر من نفسه فيضمن وجه القول الاول انه صانع فكان ما يأخذه على حكم ضمان الصناع كالمشترك ووجه القول الثانى أنه غير قابض لما يصنع فيه فلم يضمنه باليد كما لو تلف قبل أن يقبضه الصانع (مسئلة) وسواء عملوه بأجر أو بغير أجر فانهم ضامنون رواه ابن حبيب وغيره عن مالك خلافا لأبى حنيفة فى قوله لا يضمن من عمل بغير أجر والدليل على ما نقوله انه صانع لم تقم له بينة على هلاك ما قبضه للعمل فكان ضامنا كما لو عمله بأجر (مسئلة) ويضمن الصانع وان كان معه صاحب المتاع وقد روى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم ان كمر الثوب بحضرة صاحبه فقطعه من غير تفريط ولا تعد فانه يضمن ومعنى ذلك ان الصانع ضامن لما أصاب الثوب مما لم تقم به بينة واذا أصابه أمر من قبله فهو أحق بالضمان لأنه لا يعلم قصده (فرع) ولو كان صاحب الثوب يعمل معه فقد قال ابن حبيب وابن المواز ما أصابه من عمل صاحبه فلا ضمان على الصانع وان كان من عمل الصانع فهو منه وان جهل ذلك فهو منهما يلزم الصانع نصف ما نقصه ووجه ذلك انه لو كان من فعلهما لكان منهما فاذا تردد بينهما ولم يكن أحدهما أخص به من الآخر فهو بمنزلة أن يكون من فعلهما (مسئلة) ويضمن الصانع ما أصلح فيه اليسير وان كان بغير أجر مثل فص خاتم ورقعة ثوب أو زره أو سير فى قلادة بقيمته اذا أسلم ذلك اليه رواه ابن حبيب عن مالك ومثله فى كتاب محمد ووجه ذلك انهم لما ضمنوا ما أسلم اليهم للضرورة العامة فهذا المعنى موجود فى مسئلتنا واذا أفسد الخياط أو القصار الثوب فسادا يسيرا فقد قال مالك فى الموازية والمختصر عليه ما نقصه بعد أن يرفأه يقال ما قيمته يوم دفعه اليه صحيحا وما قيمته ذلك اليوم مرفوا فيغرم ما بين ذلك وان كثر اضمن قيمته كله يوم دفعه اليه وروى ابن وهب عن مالك اذا أفسده بخياطة فله أن يضمنه قيمته يومه صحيحا وقال مالك فى الموازية ولا يضمن من دفعت اليه لؤلؤة لثقبها اذا كسرت قال أصبغ فى العتبية أو يخرم موضع الثقب ولو تعدى الثقب لضمن قال مالك وابن القاسم وأشهب وكذلك القوس تدفع لمن يغمرها والرمح لمن يقومه والفص لمن ينقشه والدابة يسرجها البيطار والسيف يقومه الصقال فينكسر ذلك كله أو المريض يسقى الدواء أو يكويه الطبيب فيموت من كيه أو الخاتن يختن الصبى فيموت من ختانته أو الحجام يقلع الضرس فيموت صاحبها انه لا يضمن أحد منهم (فرق) والفرق بين هذا وبين ما تقدم ما قاله ابن حبيب أن الغالب فى هذا كله الغرر فصاحبه اذا أذن فى العمل وعمل على ما جرت به العادة من العمل فقد عرضه لما حدث عليه فلا ضمان على الصانع وانما يضمن بالتعدى أو بتلف بغير بينة فاذا لم يوجد منه تعد ولا تلف مجهول فلا ضمان عليه وقد قال مالك فى الموازية والمدونة فى الفران لا يضمن ما أحرق من الخبز والغزل لان احتراقه ليس من سببه وهو من غلبة النار الا أن يغر من نفسه أو

بفرط فيضمن وذلك اذا غر من نفسه فقد تعدى من تناول ما لا يحسن وقد فسد بسببه وعمله فكان عليه ضمانه والفران اذا غر من نفسه وهو لا يحسن الخبز وفرط فقد وجد منه التعدى الموجب للضمان وأما الخياط تفسد الثوب خياطته والطاحن يفسد القمح طحينه فان الفساد من سببه على وجه يمكنه الاحتراز منه غالبا فكان عليه ضمانه وكذلك فى الخبز لو كان احتراقه بسببه على وجه يمكنه الاحتراز منه لضمن وقد قال ابن حبيب انه لو احترق بتضييع منه أو عبث فى وقيد لضمن وكذلك فى اللؤلؤة اذا تناول ثقبها من موضعه فلا ضمان عليه وان انخرمت لانه أمر غالب وان قال أهل البصر بذلك انه تناوله من غير موضعه فهو ضامن (فرع) اذا كمل ذلك فنرجع الى أصل المسئلة فعلى الصانع فى ضمان الثوب قيمته يوم قبضه ووجه ذلك انه حينئذ ضمنه كالغاصب والمشترى ولو تلف بعد كمال الصنعة وقامت بينة بتمام الصنعة فيه ثم تلف فقد قال ابن المواز عليه ضمان قيمته يوم قبضه ونحوه قال ابن القاسم فى المدونة ولو قامت بينة بضياعه فقد قال ابن المواز هو من صاحبه وعليه الاجرة وقال ابن القاسم فى المدونة لا أجرة عليه لانه لم يسلم العمل الى صاحبه ووجه قول ابن المواز ان العمل لما صار فى الثوب كان ذلك قبضا من صاحبه للعمل لانه قد صار فيما يملكه فكان عليه عوض ذلك العمل ووجه قول ابن القاسم ان حصول الصنعة فى الثوب ليس بقبض لها وانما يحصل القبض لها برجوع الثوب الى يد صاحبه يدل على ذلك انه لو تلف الثوب بغير بينة وقد قامت بينة بتمام الصنعة لم يلزم صاحب الثوب العوض منها (مسئلة) واذا ادعى الفران احتراق الخبز بغلبة النار فقد روى ابن حبيب انما يسقط الضمان عن الفران اذا بقى من الخبز أو الغزل ما يعلم به انه خبز ذلك الرجل أو غزله فأما لو ذهب أصلا ولم يعرف الا بقوله انه احترق لضمن ووجه ذلك انه اذا ادّعى ضياعا وتلفا غير معلوم فهو عندى على وجه الضمان ولا يصدق فيه وأما اذا كان الخبز باقيا فهو مصدق فى قوله انه غلبته النار بغير بينة وصاحبه مدع التعدى قال ذلك أصبغ فى العتبية فى ثقب اللؤلؤة ثم قال وكذلك كل صاحب صنعة على هذا المعنى وكذلك ذكر ابن حبيب عن مالك فى قرض الفار ولحس السوس اذا ادّعى صاحب الثوب تضييع القصار لأنه مدع فى ذلك والقصار مصدق لان التعدى لا يلزم بالدعوى (فرع) ولو تلف الخبز عند الفران فقد قال سحنون وغيره من أصحابنا هو له ضامن وقد أسلمه اليه صاحبه وقد قال سحنون لو تركه صاحبه ولم يعلم به الفران فلا ضمان عليه واذا وجب عليه الضمان بتسليمها اليه ففى سماع ابن وهب والمختصر الكبير لا يعجبنى أن يعطيه غير خبزته وليعطيه مثلها ولا بأس أن يأخذ أصغر من خبزته ولا يأخذ أكبر منها وقال محمد بن عبد الحكم لا يأخذ غير خبزته فى قول مالك قال الشيخ أبو محمد يريد ان الفران ضامن للرجلين (مسئلة) وأما الختان فلا ضمان عليه فى موت الصغير الا أن يخطئ بقطع الحشفة أو بعضها فعلى عاقلته من ذلك الثلث فأكثر وما قصر عن الثلث ففى ماله ان كان ممن يحسن وان كان ممن لا يحسن وغر من نفسه فذلك كله فى ماله وكذلك الطبيب وقالع الضرس والبيطار ويعاقبون مع ذلك رواه ابن حبيب عن مالك (مسئلة) واذا ادّعى الصانع بعد ذهاب المتاع ببينة أنه سرق لم يصدق فى ذهاب المتاع وكذلك لو احترق بيته ورأى ثوب الرجل يحترق فيه روى محمد عن مالك هو ضامن وكذلك الرهن قال محمد حتى يعلم ان النار من غير سببه أو سيل يأتى أو ينهدم البيت فهذا وشبهه يسقط فيه الضمان وهذا الذى رواه محمد عن مالك مخالف لما رواه محمد بن حبيب عن مالك فى قرض الفأر وادّعى صاحب الثوب بتعدى الصانع وتضييعه وقول مالك الصانع مصدق والتعدى لا يلزم بدعوى صاحب المتاع والله أعلم وأحكم فعلى هذا ففيها أشكل وجه سببه روايتان احداهما ان

الصانع ضامن والثانية انه مصدق ووجه الرواية الأولى ان التعدى سبب للضمان فوجب أن يثبت حكمه بالتهمة فى حق الصانع أصل ذلك المغيب عليه ووجه الرواية الثانية ما أشار اليه مالك ان التعدى لا يثبت بالدعوى ومعنى ذلك أن التلف ظاهر وهو تبر ؤمن سبب الضمان الذى هو المغيب على المصنوع وهذا فيما أشكل وجه سببه وتيقن السبب كالحرق وقرض الفار وأما اذا أشكل السبب نفسه فلم يعلم هل هو قرض فار أو غيره ففى المدونة فى الفار يقرض الثوب عند القصار قال مالك ومن يعلم فى مسئلتك أن الفار قرضه يضمن القصار حتى يقوم بينة أن الفأر قرضه وقال فى الموازية ويتبين ذلك للناظر اليه قال فى المدونة من غير تضييع فلا يضمن وقال فى الموازية فى قرض الفار ولحس السوس وان أشكل ذلك فالصانع ضامن حتى تقوم بينة انه قرض فار أو لحس سوس ولم يكن ضيع ففى هذا الوجه قول مالك وهو الضمان والله أعلم (مسئلة) واذا جعل الخياط وجه الثوب الى داخل فانه يفتقه ويعيده فان كان الفتق ينقصه خير ربه بين أن يضمنه قيمته يوم قبضه أو يأمره بفتقه واعادة خياطته قال سحنون فى كتاب ابنه ووجه ذلك ان هذا عمل ينقصه و يمنع لباسه على الوجه المعتاد من مقصود الجمال وهو مما يستطاع تغييره واستدراكه فان كان ذلك لا ينقص الثوب لزمه استدراكه وازالة ما دخل من الفساد فيه وان كان ذلك ينقصه فعلى ما تقدم من التخيير لان صاحب الثوب دفع النقص عن نفسه والله أعلم (مسئلة) واذا أخرج القصار للثوب أسود رديئا فقد قال سحنون فى كتاب ابنه عليه أن يعيده حتى يجوده فان كان رده يفسده بأن يسترخى و ينكس وجهه وخيف أن يحترق فلا يرده و ينظر فان أفسده بذلك فسادا بينا ضمن قيمته أسمر ربه عندى يوم قبضه خاما وان كان الفساد يسيرا أعطاه ربه قيمة العمل الردىء قال الشيخ أبو محمد ما لم يجاوز شرطه ووجه ذلك أن استدراك تبييضه اذا أمكن من غير افساد الثوب لزمه عمله لان عمله الأول الذى استؤجر عليه لم يتمه بعد فعليه اتمامه وان كان لا يتم ذلك الا بافساد الثوب فهو مخير بين أن يضمنه قيمته أو يأخذه على ما هو عليه وقال فى الفساد الكثير يضمنه قيمته ومعنى ذلك عندى ان شاء أن يضمنه وقال فى الفساد اليسير له أن يدفع اليه قيمة العمل الردىء ولم يجعل له خيارا فى تضمينه القيمة وهو الصواب ان شاء الله تعالى (مسئلة) واذا كيل القمح على الطحان وأسلم اليه فقد قال ابن القاسم هو ضامن له * قال مالك أرجو أن يكون تضمينه خفيفا ووجه ذلك انه ان كان حكمه حكم الصناع وهو الأظهر فهو ضامن للطعام وغيره وان كان حكمه حكم الحالين فهو ضامن أيضا لان الحال المنفرد لحمل الطعام هو ضامن له (فرع) اذا ثبت أنه ضامن فقد قال ابن القاسم يعطى قدر ما نقص دقيقا على ما يعرف الناس ير يد انه أخذه بالكيل فيعطى من كيل الدقيق ما يعلم الناس انه ينتهى اليه بالطحن ما نقص من القمح وللطحان الأجرة كاملة وقال ابن المواز عليه قمح مثله وهو قول مالك فى العتبية من رواية ابن القاسم عنه وجه القول الأول انه قد استؤجر على طحن القمح ولا يتعين بالاجارة على هذا الأصل فعليه أن يأتى بقمح مثله و يطحنه وتكون له الأجرة وعلى قول ابن المواز يضمن قمحا مثله ولا يكون عليه طحنه وسقط من الأجرة بقدره لان الاجارة اختصت بتلك العين لاختلاف القمح فى الطحن أو لان الضياع جاء من قبل الطحان والله أعلم (فرع) واذا طحن الطحان القمح على النقش فأفسده بالحجارة ففى الموازية والعتبية من رواية أصبغ عن أشهب عليه قمح مثله وقال به أصبغ (مسئلة) واذا أفسد الحائك الثوب قال ابن حبيب يضمن الغزل قال ابن القاسم ان وجد مثل الغزل الحائك أتاه به وعليه عمله وان تعذر مثله فعليه قيمته

يوم يقبضه وتنفسخ الاجارة بينهما هذا الذى حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم وفى المدونة عن ابن القاسم فى الذى يضمن الحائك لانه نسجه له على أقل من العرض والطول الذى شرطه له قيمة غزله وليس له مثله ومن استهلك غزل رجل فعليه قيمته لا مثله لان مالكا قال فيمن استهلك ثوبا عليه قيمته فكذلك الغزل وقال غيره أصل الغزل الوزن فعلى من تعدى فيه مثله فيحتمل أن يريد بقوله ليس له مثله لانه لا يوجد مثله غالبا ويحتمل أن يريد ليس له مثله وان وجد لانه أصل الثوب الذى تلزم فيه القيمة وهو الأظهر من قوله فى المدونة ووجه ذلك ان الغزل يتعذر فيه التماثل لاختلاف أصله ولاختلاف الصنعة فيه على وجه يتقارب فلذلك عدل فيه القسمة وان كان موزونا كما عدل فى الثوب الى القيمة وان كان مذروعا لكنه لما اختلف جنس أصله فى الجودة وكانت صناعته مختلفة متفاوتة ولم ينظر الى تماثله من جهة الذرع عدل الى القيمة والله أعلم وأحكم ووجه القول بالمثل ما احتج به الغير من أن أصله الوزن (فرع) اذا ثبت أن عليه القيمة على الوجه الذى ذكر فقال ابن القاسم تنفسخ الاجارة بينهما وحكى ابن حبيب عن أصبغ أن الاجارة قائمة باخذ القيمة ويأتى بغزل مثله فينسجه له واختار ابن حبيب قول ابن القاسم واحتج لذلك بأنه غزل معين فاذا ذهبت العين وعدمت بطل العمل المختص بها وهذا فيه نظر وانما يجب أن يكون وجه ذلك ما بنى عليه ابن القاسم من عدم التماثل فيه وتفاوته فى الرقة والغلظ والقوة والضعف واذا اختلف ما يعمل فيه وتفاوت وعدمت العين المختصة بالعقد وجب نسجه كرضاع الصبى وتعليم الأعمال ووجه قول أصبغ ما احتج به ابن المواز بانه ليس الغرض نفس الغزل ولو شرط ذلك لم تجز الاجارة (فرع) ولو أعطاه الغزل لينسجه سبعا فى ثمان فنسجه ستا فى سبع ففى المدونة عن ابن القاسم له أن يضمن الحائك قيمة غزله أو يأخذه وعليه جميع أجره وقال غيره له من الأجرة بحساب عمله فوجه قول ابن القاسم على ما قاله الفضل بن سلمة أن النقص انما هو فى هذا الثوب عيب من العيوب فى العمل فاذا رضى به كان عليه جميع العوض كالثمن فى البيع ووجه قول الغير انه من باب النقص من جملة ما استؤجر عليه فوجب أن ينقص من عوضه كالطعام ينقص بعض ما اشترى من مكيله (فرع) اذا ثبت ذلك فان قلنا بقول الغير فمعناه أن ينظر الى أجر مثله فيما شرط وأجر مثله فيما عمل فيسقط ما بينهما من المسمى قاله بعض القرويين (فرع) فلو زاد على الأذرع المشروطة فقد قال الفضل بن سلمة لا أجر له فى الزيادة على قول ابن القاسم انه عيب وله الأجر على قول الغير

(فصل) وهذا حكم ما يعمل فيه فأما ضياع ما لا يعمل فيه عند الصناع فهو على ضربين ظرف أو مثال فأما الظرف فعلى قسمين قسم يستغنى عنه ما يعمله وقسم لا يستغنى عنه ما يعمله فأما ما يستغنى عنه فالذى عليه جمهور أصحابنا انه لا يضمنه الصانع وقد روى فى العتبية أصبغ عن أشهب فى الثوب يدفع الى الصانع فى منديل ان كان الثوب رفيعا يحتاج الى وقاية ضمنه الصانع وان كان لا يحتاج اليها لم يضمنه قال فى الواضحة انه لا يضمن منديل الثوب اذا ضاع وقد ضاع ملفوفا به أو قد زايله إذ لا ضرورة بالثوب اليه ولا يضمن الفران ما ضاع من صحاف الخبز فارغة ولو ضاعت بما فيها ضمنها مع الخبز إذ لا غنى بالخبز عنها فانما يكون الخلاف بين أشهب وابن حبيب فى صفة الحاجة لا فى مراعاة الحاجة فعند أشهب ان ضمانه ما يحتاج الى صيانة عن الحاجة المؤثرة فى الضمان وليس ذلك عند ابن حبيب بمؤثر وانما الحاجة المؤثرة أن لا يستغنى عنه (مسئلة) ومن أتى بخفين الى خراز يصلح أحدهما فضاعا ففى العتبية عن أصبغ لا يضمن الا الذى فيه العمل ووجه ذلك انه لا تعلق لعمله به كالظرف الذى يستغنى عنه

(مسئلة) وأما ماتدعو الحاجة اليه من الظروف فقد قال أشهب وابن حبيب فيه ماتقدم ذكره وفي كتاب ابن المواز اذا ضاع القمح بقفته عند الطحان أو ضاع عند الفران لوح الخباز أو قصعته أو ضاع عند الصيقل غمد السيف أو عند الخياط منديل الثوب لم يضمن شيأ من ذلك ويضمن المثال ليعمل عليه وروى ابن القاسم في العتبية عن مالك ضمان المثال وقد روى سحنون لايضمن الوراق الأم التي يكتب منها وهذا يقتضي انه لايضمن المثال وجه قول ابن المواز في نفي ضمان الظرف واثباته في المثال ان الظروف لايتعلق عمله بها فلم يضمنها والمثال عمله متعلق به قال مالك لاغنى به عنه ووجه قول سحنون انه لايعمل فيه وانما يعمل في غيره فكان المثال كالظروف

(فصل) فهذا حكم الصناع وأما الاجراء فهم على ضربين أجراء الصناع وأجراء الحفظ والرعاية فاما أجراء الصناع فالذي روى ابن المواز عن ابن القاسم أن أجير القصار لايضمن والقصار ضامن لما أفسده أجيره قال ابن حبيب ولايضمن الأجير للقصار والصباغ شيأ وهذا في الاجير المتصرف بين يدي القصار بحسب اختياره وليس بحائز لما يعمله فأما ان كان يتصرف في العمل باختيار نفسه ويحوز مايعمل فيه فقد قال في العتبية والموازية عن أصبغ عن أشهب ان كثر على الغسال الثياب فاستأجر اجراء فبعثهم الى البحر بالثياب فيدعون تلفها أنهم ضامنون وكذلك اجراء الخياط يتصرفون في الثياب فتتلف فهم ضامنون • وقال ابن ميسرة وذلك اذا آجرهم على عمل أثواب مقاطعة فهذا معنى ماقدمناه لانه اذا قوطع على عملها فقد صار له حكم الصانع وأما اذا كان يعمل مياومة أو مشاهرة فحكمه حكم الاجراء (مسئلة) وأما الاجراء للحفظ فعلى قسمين قسم لهم تعلق بالعمل وقسم لاتعلق لهم بالعمل فأما من له تعلق بالعمل فكصاحب الحمام يوضع عنده ثياب الناس فقد قال مالك في العتبية من سماع ابن القاسم عنه قد أمرت صاحب السوق أن يضمن أصحاب الحمامات ثياب الناس فيضمنونها أو يأتون بمن يحرسها قال الشيخ أبو محمد في نوادره باثر هذه المسئلة وقد قال أيضا في كتاب آخر لايضمنون وهذا الذي أشار اليه الشيخ ابو محمد قد أشار اليه غيره من شيوخنا ولا أعلم انهم يشيرون الا الى مافي المدونة في كتاب الجعل والاجارة من قول مالك لاضمان على من يجلس لحفظ ثياب من يدخل الحمام ماضاع منها لانه بمنزلة الأجير وهذا الذي أشاروا اليه ليس عندي مما نحن فيه بسبيل لان أجراء الصناع لايضمنون وانما يضمن الصانع أو من هو في حكم الصانع وصاحب الحمام ليس بأجير محض الاجارة بل المقصود منه العمل والصناعة من التنظيف والاغتسال فيضمن مالايستغنى عنه من عمله فيه من ثيابه على قول من يرى على الصانع ضمان مالايستغنى عنه مما استعمل فيه ولايضمن على قول من لايرى عليه ضمانا في ذلك أو يكون أجيرا له تعلق بالعمل فيكون كالحال يستأجر على الحمل فيضمن ماجرت العادة بتسرعه اليه كالطعام ونحوه لانه مما جرت عادة الحالين بالخيانة فيه والتسرع اليه وكذلك صاحب الحمام وهو المالك لامره والمستعمل له بالعمل يجب أن يضمن ماجرت العادة بخيانته فيه والتسرع اليه وهي ثياب الناس والله أعلم ومغيبه عن ثيابه الى داخل الحمام مغيب يوجب الضمان على من يلزمه ذلك بمغيب صاحب الثياب وقد قال ابن حبيب في الواضحة في الطحان يطحن القمح بحضرة صاحبه لايضمن ظرفا ولا قمحا الا أن يخرج الناس عن الرحى للزحمة فيضمن القمح وظرفه وكذلك الفران فجعل الخروج عن الرحى والفرن مغيبا يوجب الضمان على الحافظ الذي له تعلق بالعمل (مسئلة) وأما الحافظ الذي لاتعلق له بالعمل فالمشهور من المذهب أن لاضمان عليه في النوم والغفلة وانما الضمان عليه في التعدي وقد قال مالك في المستأجر ليحرس بيتا أو خيلا أو غنما

فينام فيسرق مافى البيت أو يذهب بالخيل أو الغنم لاضمان عليه وله أجره كاملا قال ابن القاسم لايضمن الأجير الا ماضيع أو فرط وقال ابن المواز لايضمن جميع الحراس الا بالتعدى كان مما يغاب عليه أو غيره من طعام أو غيره ووجه ذلك انه مؤتمن لاتعلق له بالعمل فلم يكن عليه ضمان كالمودع وقد روى ابن حبيب عن ابن المسيب ان الراعى الخاص لايضمن والمشترك يضمن قال ابن حبيب ومن أخذ به فهو حسن فحمل هذا على ظاهره وقال ابن وهب معنى المشترك ههنا أن يأخذ مالا يقوى عليه (مسئلة) وأما الأجير على البيع أو الشراء فالذى نص عليه أصحابنا انه لاضمان عليه قال ابن المواز لاضمان عليه ان ضاع المبيع أو ضاع ثمنه ووجه ذلك ماتقدم من أنه مستحفظ لاتعلق له بالعمل فلم يضمن ماضاع من غير تعد كالمودع (فرع) فاذا ضمن بالتضييع فقد قال ابن القاسم من التضييع أن يترك ماوكل به و يذهب الى غيره فليس النوم والغفلة من التضييع ووجه ذلك انه لابد لكل أحد منه ولا يمكنه الاحتراز منه فأما من ترك حفظ ماوكل بحفظه والاستعمال لغيره فيما يمكن الاحتراز منه ولا يمكن الحفظ معه (فرع) وأما الحارس الذى لاتعلق لحراسته بعمله فله الاجر كاملا وان ضاع ما استحفظ وأما حامل المتاع أو الطعام يهلك فى الطريق بفعله فلا أجرة له حتى يبلغه وكذلك مايعطب فى السفر لانه من سبب السفينة يهلك وأما المستأجر للبيع أو الشراء يتلف السلعة أو يتلف ثمنها انه لاأجرة له قاله ابن المواز لان هذا من باب الجعل فلا جعل له الا بتمام العمل وهو أن يوصل اليه ما ابتاع له أو ثمن ماباع له وفى العتبية لابن القاسم عن مالك فيمن بعث معه بخادم يبلغها بجعل فنام فى الطريق فذهبت ان له من الاجر بحساب مابلغ ولا ضمان عليه قال الشيخ أبو محمد يريد انها اجارة ليست بجعل وقد قال ابن القاسم عن مالك ان ماتت الجارية فى الطريق فله الأجرة كاملة وعليه أن يتم له بقية سفره ووجه ذلك أن ما كان من هذا على وجه الجعل فلا أجر له الا بتمامه وما كان على وجه الاجارة فهاهنا اختلف قول مالك فمرة فسخ الاجارة بفوات العين وجعل له من الاجر بحساب ماعمل ومرة أبقاها وجعل له الاجر كاملا والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من استؤجر ليخبر بعمله فعلى ضربين أحدهما أن يكون له مع ذلك عمل أولا يكون له عمل فأما الذى له مع عمله عمل فكالوكيل يخطئ الطريق فقد قال أشهب عن مالك ان كان عالما بذلك فلا شئ عليه والكراء له وأما الجاهل به فلا شئ له وقال أشهب لاشئ لهما قال ابن حبيب اذا بلغهم البصير بالدلالة وقد أخطأ فله الاجر كاملا وان لم يبلغهم فله من الاجر بقدر مابلغهم الى أن يستغنى عنه لما ظهر لهم من خطئه وان غرهم وهو جاهل فلا شئ له وعليه الأدب (مسئلة) ومن قال لخياط ان كسانى هذا الثوب اشتريته فقال يكسوك فلم يكس ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك الشراء له لازم ولا ضمان على الخياط وله الاجر كاملا ان كان بصيرا واختلف قول مالك فى تضمينه اذا غر بجهله فقال يضمن وقال لايضمن ولا أجر له وقال ابن دينار المدنى فيمن استأجر من ينقد مالا فوجد فيه رديئا ان كان بصيرا وهذا الردىء مما يختلف فيه لم يضمن وان كان مما لا يختلف فيه لبيان فساده فهو ضامن لانه قصر فيما كان يدركه لو اجتهد فلو كان جاهلا غر من نفسه فان كان الردىء بينا لا يختلف فى مثله ضمن وعوقب وان كان مما يختلف فى مثله لم يضمن وان لكل واحد منهما أجرته

(فصل) وقوله لاغرم على اللابس و يغرم الغسال هو قول مالك فى الموطأ وهو المشهور عنه وكذلك روى ابن المواز عن ابن القاسم عنه وقال أشهب عنه فى الموازية وذلك اذا لبسه أياما الأن يكون أبلاه وقال أشهب فى النوادر وان دفع الصباغ ثوب هذا الى هذا وثوب هذا الى هذا فان لبساهما

حتى خلقا ضمن كل واحد قيمة الثوب الذى لبس وان لم يخلقا غرم كل واحد مانقص الثوب الذى لبس ولا شئ على الغسال وقال أبو حنيفة والشافعى صاحب الثوب مخير بين ان يغرم اللابس أو الغسال فان أغرم اللابس لم يرجع على الغسال بشئ وان أغرم الغسال رجع على اللابس ووجه قول مالك ما احتج به على الغسال من أن اللابس لاضمان عليه لان من عليه ضمانه ان تلف سلطه على لبسه لانه انما صبغه ليلبسه فاذا رده اليه على أنه ثوبه فقد سلطه على لبسه والثوب يتغير بالعمل فلم يميزه صاحبه فالضمان عليه ولو لزمه ضمانه للحق الناس المشقة والامتناع من لبس ثيابهم ووجه قول أشهب انه أكثر ما فى حال اللابس انه مخطئ باتلاف مال غيره فعليه الضمان والاتلاف انما وجد من اللابس فوجب أن يبدأ بالضمان فلو تعذر وجوده أو أفلس لكان لصاحب الثوب أن يرجع على الغسال لانه سبب اتلاف ثوبه بدفعه الى من أتلفه وتعذر الاستيفاء من جهته (فرع) اذا قلنا لا يضمن اللابس ما أتلف فقد روى عيسى عن ابن القاسم ان كانت قيمة الثوب الملبوس دينارين قيمة الآخر دينار انظر كم ينقص ثوبه عن الثانى ان لو لبس فى تلك المدة فان كان ينقص نصف دينار وقد نقص من الملبوس دينار كان على اللابس الذى لم يلبس ثوبه نصف دينار ونصف آخر على الغسال وان كان الملبوس نقص أقل من نصف دينار فليس على اللابس الا ذلك الأقل ولا شئ على الغسال ولو كانت قيمة الملبوس دينارا وقيمة الذى لم يلبس دينارين وكان ثوب اللابس لو لبسه ذلك نقص نصف دينار وقد نقص الملبوس ربع دينار غرم اللابس ربع دينار الى ما فوق ذلك من القيمة مالم يجاوز نصف دينار فلا يغرم أكثر منه ولو لبس كل واحد منهما ثوب صاحبه وهو لا يعلم فقد قال سحنون يرجع من له فضل على الغسال وحكاه ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون . فرجع هذا التفسير الى ان اللابس انما عليه بقدر ما كان عليه بتلف لباسه من ثوبه لانه على ذلك لبس هذا الثوب فيقال له هبك انك لبست ثوبك عليك عوض ما كان ينقصه لبسك لانه باق يسلم اليك لا يمكن تمييزه من ثوبك فعليك ذلك المقدار وما زاد على ذلك فعلى الغسال لانه هو الذى أتلفه فيكون معنى قول مالك فى الموطأ على هذا التفسير انه لاضمان عليه فيما أتلف من مال صاحب الثوب الذى لبس وأما قدر ما كان يتلفه من ثوبه لو لبسه فليس بمعنى الغرم الذى وقع التنازع فيه وانما هو بمعنى المعاوضة لما بقى من ثوبه لم يذهب بلبسه والله أعلم وأحكم ومعناه على رواية أشهب انه فى اليسير دون الكثير والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا لبسه من دفع اليه فاما لو قطعه فان لى أن آخذ ثوبى وأضمنه القصار دون الذى قطعه أو نقصه القطع أو الخياطة لم يكن لى أن آخذ ثوبى وما نقصه القطع قاله ابن القاسم فى المدونة وقال غيره اذا نقصته الخياطة فان شاء أخذه ولا غرم عليه للخياطة وان شاء تركه وضمن القصار ووجه ذلك أنه لو لم يأخذ الثوب ممن قطعه يجبر وهو غير متعد فلذلك لم يضمن ما نقصته الخياطة والغاصب يرد ما قطع وما ينقص القطع لانه متعد ومن وجد بثوب عيبا بعد ان قطعه رده وما نقصه القطع لانه لا يجبر على رده بل له امساكه وأخذ ما نقصه العيب (فرع) وان كان الذى أخذه قد قطعه وخاطه فان لصاحب الثوب أن يضمن القصار ثوبه غير مقصور أو يأخذه ويغرم خياطته ويعطى القصار أجره ولا يرجع عليه بأجر الخياطة قاله ابن القاسم فى الموازية وفى المدونة فى بعض الروايات عن ابن القاسم ان أبى صاحب الثوب أن يدفع أجرة الخياطة فللذى خاطه أن يعطيه قيمته صحيحا أو يدفعه اليه مخيطا فان دفعه اليه فهو بالخيار بين أن يأخذه أو يضمن القصار قيمته وقال سحنون اذا أبى صاحب الثوب من دفع أجرة الخياطة فليس له الا أن يضمن القصار فان ضمنه قيمة

للقصار ادفع أجرة الخياطة للذى خاطه وخذه فان أبى قيل للآخر ادفع اليه قيمة الثوب فان أبى كانا شريكين هذا بقيمة الثوب وهذا بقيمة الخياطة

(فصل) وقوله فان لبسه وهو يعرف انه لبس ثوبه فهو ضامن يريد انه يضمن ما نقصه لبسه قل ذلك أو كثر قاله عيسى عن ابن القاسم قال ولا شئ على الغسال الا أن يعدم اللابس فيغرم الغسال ويتبعه به فى ذمته ولو لبس كل واحد منهما الثوب الذى دفع اليه عالمين واختلفت قيمة اللبس ورجع من له فضل على صاحبه فان استوت لم يرجع أحدهما على صاحبه (مسئلة) ومن اشترى من رجل شيأ وشرط عليه فيه عملا ففى العتبية لعيسى عن ابن القاسم ان كل ما يعرف صفة خروجه بعد العمل فلا بأس أن يشتريه ويشترط على البائع عمله كالنعل على أن يخرز والقميص على أن يخاط والقلنسية على أن تعمل والقمح على أن يطحن وقد فرض مالك القمح فى بعض قوله وأجازه ابن القاسم وأجاز النحاس على أن يعمله تورا وقيل لسحنون قد أجاز ابن القاسم وأشهب ما ذكرنا من شراء الثوب على أن يعمله قميصا والظهارة على أن يعملها جبة والحديد على أن يعمله قدرا أو عودا ينحته سرجا وهو بيع واجارة وقد جرى فى مسائل مالك فى الغزل على أن ينسجه والزيتون على أن يعصره انه كرهه قال انما خففه مالك فى الطحين وخياطة الثوب لان خروج ذلك معروف وقد عمره أيضا مالك فى الغزل على أن ينسجه والزيتون على عصره الا ما ذكرنا انه خففه وكل بيع مع اجارة فى الشئ المبيع فانه منع منه وان كانت فى غيره فاجارة وكل بيع وشركة داخلة فى المبيع فاجزها وان خرجت عنه فلا تجزها فتحصل من هذا ان ما يجهل صفة الخارج منه انه لا يجوز قولا واحدا وفيما تعرف صفة الخارج منه القولان المنع والاجازة المعروفة وجه الاجازة بصفته كما لو كان العمل فى غيره ووجه المنع انه مبيع معين لا يقبض الى مدة طويلة يخاف ضياعه فيها فلم يجز ذلك فيه (فرع) اذا قلنا بالجواز فتلف الثوب بيد الخياط فقد قال سحنون لا يضمن الخياط ويحط عن المشترى من الثمن بقدر خياطة الثوب وطحن القمح الا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصنعة فيضمن كالصناع ووجه ذلك انه اذا كان هو الصانع فقد خرج عن ضمان البائع الى ضمان الصانع واذا لم يكن هو الصانع فكأنه اشتراه منه على أن يدفعه الى صانع غيره وكان يجب على هذا أن من يعمل الأعمال والتزم اتمام الصناعات فيما دون أن يتولى عملها وانما يدفعها الى الصناع وقد علم ذلك منه لانه ليس من أهل العمل ولا معروفا بتناوله فانه لا ضمان عليه وهذا الذى باع الثوب على أن يدفعه الى الخياط قد التزم خياطته بأجرة وهى من جملة الثمن الذى أخذه وقد قال ابن حبيب من قال للخياط اذا خطته فادفعه الى غسال فزعم انه ضاع قبل أن يتم خياطته أو بعد تمامها قبل أن يدفعه الى الغسال فهو ضامن واذا قال ضاع عند الغسال صدق كما يصدق فى قوله رددته على قول ابن الماجشون قال ويضمنه الغسال ان أقر بقبضه ويجئ على هذا التعليل أن لا يصدق على قول ابن القاسم لانه لا يصدق عنده فى قوله رددته اليك كان يجب أيضا على قول ابن الماجشون أن لا يصدق فى قوله دفعته الى الغسال اذا أنكر الغسال وقد صدق فى قوله اذا قال رددته اليك كالوكيل يصدق فى قوله رددته اليك ولا يصدق فى قوله دفعته الى الصانع اذا أكذبه الصانع وعلى أن مسئلة ابن حبيب هذه ان كان التزم الخياط الغسل فى ذمته بأجرة أخذها مع أجرة خياطته فهى تشبه مسئلة سحنون وان كان انما ناب فى تسليمه الى الغسال عن المشترى إما بأن وكله على استئجار الغسال على ذلك وإما بأن استأجره هو الغسال وأذن للخياط فى تسليمه اليه فحكمه فى الوجه الأول حكم الوكيل وحكمه فى الوجه الآخر حكم من يدفع الى

الوكيل وكان الأظهر من مسئلة سحنون أن يضمن لان كل من أخذ ثوبا على أن يعمل فيه عملا لزمه ذلك فى ذمته أو فى عمله بيده فهو من جملة الصناع وهم يتساوون فى وجوب الضمان والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء فى الحالة والحول ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى الرجل يحيل الرجل على الرجل بدين له عليه أنه ان أفلس الذى احتيل عليه أو مات فلم يدع وفاء فليس للمحتال على الذى أحاله شئ وأنه لا يرجع على صاحبه الأول * قال مالك وهذا الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ﴾ ش وهذا على ما قال ان عقد الحوالة عقد لازم يقتضى ابراء ذمة المحيل من دين المحال فاذا طرأ بعد ذلك على ذمة المحال عليه من تلف بموته أو تشعب بفلسه فلا رجوع للمحال بذلك على المحيل لانه عيب طرأ على ما قد صار اليه حال سلامته ورضى به فلا انتقال له عنه بما يحدث فيه بعد العقد ولو كان العدم موجودا قبل الحوالة فان لم يعلم به المحيل فلا رجوع عليه وان كان قد علم به وكتمه وغر منه فالرجوع عليه وقد تقدم فى البيوع بما يغنى عن اعادته وبالله التوفيق ص ﴿ قال مالك فأما الرجل يتحمل له الرجل بدين له على رجل آخر ثم يهلك المتحمل أو يفلس فان الذى تحمل له يرجع على غريمه الأول ﴾ ش وهذا على ما قال ان من تحمل لرجل بمال له على رجل آخر فانه لا ينتقل حقه من ذمة المتحمل عنه الى ذمة المتحمل وانما الحميل وثيقة من حقه على من هو عليه فان أفلس الحميل أو مات لم يبطل حقه بل هو ثابت على حسب ما كان على غريمه وانما الحمالة معناها أن يلزم المتحمل احضار ما تحمل به وهى الكفالة والزعامة والضمان قال القاضى أبو محمد كل ذلك بمعنى واحد وقال فى المدونة اذا قال أنا لك ضامن أو كفيل أو حميل أو زعيم أو هو لك عندى أو على أو قبلى فهو كله ضمان لازم فى الحق والوجه قال والأصل فى جوازها قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وهذا ان استدل به على ثبوت هذا الاسم لها من جهة اللغة فبين وأما ان استدل به على ثبوت حكمها على ما ذكره القاضى أبو محمد فانما هو على رأى من يقول ان شرع من قبلنا شرع لنا الا ما خصه الدليل وهو المشهور من مذهب مالك والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الحمالة على وجهين حمالة بالوجه وحمالة بالمال فأما الحمالة بالوجه فهى جائزة خلافا للشافعى فى منعه من ذلك والدليل على ما نقوله ان المقصود منها المال لانه حميل بوجه الغريم ليطالب بالمال فنقول انه وثيقة يتوصل بها الى المطالبة بالمال فصح تعلقها بالوجه كالشهادة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالحمالة بالوجه على وجهين أحدهما الحمالة بالوجه على الاطلاق فان جاء الكفيل بالمتكفل به برئ ووجه ذلك انه قد وفاه ما تحمل له من احضار وجهه (مسئلة) وهذا اذا لم يعين لمجيئه به وقتا فمتى جاءه به برئ وان ضرب لمجيئه به أجلا فجاءه به عند الأجل برئ قاله مالك فى المدونة لانه قد أتى به على ما شرط فوجب أن يبرأ ولو تحمل بوجهه على أن يحضره بعد شهر فأحضره من الغد فانه لا يبرأ حتى يأتى به عند الأجل رواه أبو زيد فى العتبية عن ابن القاسم ووجه ذلك انه شرط احضاره فى وقت معين فلا يبرأ بحضوره قبله أصل ذلك حضوره يوم الحمالة (مسئلة) ومن شرط صحة الاحضار ان يحضره الحميل أو وكيله على ذلك فان أحضره أجنبى وسلمه الى الطالب لم يبرأ بذلك الحميل وكذلك لو أتى الغريم الطالب وأشهد انه قد أسلم نفسه اليه عن الحميل لم يبرأ الحميل بذلك قاله فى المدونة زاد فى كتاب ابن المواز الا أن يأمره الحميل بذلك فيكون ذلك كدفع الحميل لانه قد وكله على النيابة عنه فى ذلك فاذا أشهد بذلك لزم الطالب وان أباه * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله

﴿ القضاء فى الحالة والحول ﴾
* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى الرجل يحيل الرجل على الرجل بدين له عليه انه ان أفلس الذى احتيل عليه أو مات فلم يدع وفاء فليس للمحتال على الذى أحاله شئ وانه لا يرجع على صاحبه الأول * قال مالك وهذا الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا * قال مالك فأما الرجل يتحمل له الرجل بدين له على رجل آخر ثم يهلك المتحمل أو يفلس فان الذى تحمل له يرجع على غريمه الأول

وهـذا عندي اذا لم يرد الطالب قبوله الا بتسليم الحميل لانه حق قد لزم الحميل فللطالب أن لا يقبله من غيره وله أن يقبله فيبرأ الحميل كما لو كان عليه دين فدفعه عنه أجنبي فان للطالب أن لا يقبله من الأجنبي الا بتوكيل الغريم وله أن يقبله فيبرأ بذلك الغريم (فرع) وهـذا على اطلاق الحالة ولو شرط الحميل على الطالب اذا لقيت غريمك فتلك براءتي فقد روى حسين بن عاصم وابن القاسم في العتبية انه ان لقيه بموضع يقدر عليه فقد برئ وله شرطه ولو لقيه بموضع لا يقدر عليه لم يبرأ الحميل (مسئلة) ومن شرط صحة الاحضار أن يحضره ويسلمه اليه حيث تنفذ الأحكام عليه وان كان بغير بلده وأما ان دفعه اليه بحيث لا يستطيع حبسه أو لا سلطان فيه ولا حاكم أو حال فتنة أو مفازة أو موضع يقدر الغريم على الامتناع منه فانه لا يبرأ بذلك قاله كله في المدونة قال في كتاب محمد ولو أسلمه اليه وهو محبوس في دم أو دين أو غيره فقد برئ ويكفيه أن يقول قد برئت اليك منه وهو في السجن فشأنك به ووجه ذلك انه انما تكون البراءة بتسليم متمكن به من طلب حقه وأما بتسليم لا يتمكن به من طلب حقه واستيفائه منه فليس هو الذي شرط عليه ولا يتوصل به الى الغرض من الحالة فلا يبرأ به الحميل والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو مات الغريم لسقطت الحمالة عن الحميل لانه انما تحمل للطالب باحضار نفسه وذلك يقتضي أن تكون موجودة ونفسه قد ذهبت لموته وعدم بذلك شرط التمكن من احضارها (فرع) وهذا ان مات ببلده قبل أن يلزم الحميل احضاره أو بعده رواه عيسى عن ابن القاسم وقال لانه وان كان حان الأجل فلم يطالب به فلا شيء عليه وان مات بغير البلد فقد قال أشهب لا أبالي مات غائبا أو في البلد قال الشيخ أبو محمد يريد لا يغرم الحميل وقال ابن القاسم في العتبية والموازية يغرم في موت الغائب ان كان الدين حالا قربت الغيبة أو بعدت فان كان الدين مؤجلا فمات قبله بمدة طويلة لو خرج اليه جاء به قبل الأجل فلا شيء عليه وان كان على مسافة لا يمكنه أن يجيء به الا بعد الأجل فهو ضامن وانما يلزمه ضمان المال بمغيب الغريم لانه لا ضمان له يتسبب به الى استيفاء ماله فلما لم يف بذلك لزمه المقصود الذي اتفق عليه بما تعذر من احضاره وهو المال (مسئلة) واذا حان الأجل فطلب الحميل بالغرم وقد غاب فسأل أن يؤجل الثاني ففي العتبية من رواية يحيى عن ابن القاسم أن كان قريب الغيبة قال في المدونة اليوم ونحوه مما لا مضرة فيه على الطالب فله ذلك وان كان بعيد الغيبة فليس له ذلك وليغرم مكانه وقال ابن وهب في الموازية اذا غاب الغريم قضي على الحميل بالغرم ولا يضرب له أجل ليطلبه ويحتمل أن يريد ابن وهب منع التأجيل البعيد الغيبة ولا يمنع التأجيل الخفيف القريب الغيبة ووجه ذلك أن في الغيبة البعيدة ان ضرب له أجل قريب لم ينتفع به في الظاهر وان ضرب له أجل بعيد دخلت مضرة على الطالب وفي الغيبة القريبة يضرب له الأجل القريب رجاء أن يحضره في مدة قريبة لا مضرة فيها على الطالب فيبرأ الحميل ولا يستضر الطالب (مسئلة) ولو كان للغريم مال حاضر فسأل الحميل أن يباع له ففي سماع يحيى من العتبية وهو في الموازية عن غيره ان كان على مسيرة عشرة أيام بيع ماله عليه وأما على يومين فلا وليكاتب حتى يبعث أو ييأس منه فيباع عليه ولا يؤخر حميل المال وهو كالغريم نفسه * وقال مالك في المدونة يباع له الرباع وغيرها وذلك أن قول مالك اختلف في الحكم على الغائب في الرباع وقد روى يحيى بن يحيى في عشرته عن ابن القاسم انما اختلف قوله في الحكم فيها وأما بيعها في الدين فقوله انها تباع في الدين وفائه مخالفة العتبية لرواية يحيى في عشرته ومتضمنه ان الخلاف في بيعها في الدين (مسئلة) ولو غاب الغريم فتلوم على الحميل ثم قضى عليه بالغرم

ثم حضر الغريم ففي المدونة عن ابن القاسم قد مضى عليه الحكم ولزمه المال ولو قامت البينة بعد الغرم ان الغريم كان ميتا قبل الحكم عليه لارتجع ماله ووجه ذلك ماقدمناه انه بموت الغريم يبرأ من الحمالة فاذا ظهر بالبينة انه كان ميتا يوم الحكم عليه فقد تبين انه حكم عليه بما لايلزمه فلذلك وجب له الرجوع فيه وفي الموازية في الحميل بالمال ان الطالب اذا حكم له على الحميل بحقه وبما عجز عنه الغريم ثم أيسر الغريم رجع على من شاء منهما

(فصل) وأما الضرب الثاني من حمالة الوجه وهي الحمالة التي يشترط فيها أن لاشئ عليه من المال ففي كتاب ابن المواز عن مالك ان شرط حمالة الوجه ليست من المال في شئ قال محمد أو يقول لاأضمن لك الا الوجه فهذا لايضمن الا الوجه غاب الغريم أو حضر أو مات أو أفلس ليس عليه الا احضاره وفائدة هذه الحمالة يضمن الاحضار خاصة وأن يكفيه مؤنة طلبه ويؤمنه من مغيبه فاذا قيد الحمالة بانه لاتتعلق حمالته بالمال لم يلزمه غير ماالتزم من الاحضار وجازت هذه الحمالة لتعلقها في الجملة بالمال المتعلق بالذمة ولولا أن المقصود منها طلب الذمة لما جازت هذه الحمالة لان الأعيان لايصح تعلق الضمان بها كمن ضمن لرجل دابة معينة يحضرها أو عبدا يحضره له أو ضمن من وجب عليه حد أو تعزير لان الضمان لاتعلق له بالذمة ولا مال ان طلبها ولذلك لم تصح والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان أحضر الحميل بالوجه على شرط الغرم برئ وان جاء الأجل فلم يحضره فلاشئ عليه الا احضاره لا يكلف غيره مال ولا غيره وروى حسين بن عاصم في العتبية عن ابن القاسم ان أجل في طلبه آجالا كثيرة فقد قال مالك لاشئ عليه غير طلبه وان طال ذلك فعلي ماشرط (فرع) وان قال له الطالب هو بموضع كذا فاخرج اليه فقد روى حسين بن عاصم عن ابن القاسم ان كان مثله يقدر على المسير اليه أمر بذلك وان ضعف عنه لم يكلفه وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان جهل مكانه فليس عليه طلبه ولا الغرم عنه وان عرف مكانه لزمه الخروج اليه فيما قرب أو بعد على مسيرة الأيام التي تكون من أسفار الناس فيخرج أو يرسل اليه أو يغرم الا في البعيد المتفاحش وجه القول الأول مراعاة حال الحميل فيما يقدر عليه من الأسفار أو يضعف عنه لانه انما دخل على مايطيقه ووجه القول الثاني مراعاة مايتكلف من الأسفار غالبا لانه ان لم يقدر على مباشرة المسير اليه استناب غيره (فرع) ولا يضمن المال الا أن يلقاه فيتركه أو يغيبه في بيته فان ثبت ذلك ببينة ضمن وروى حسين عن ابن القاسم وقال أشهب اذا لقيه فتركه ضمن ووجه ذلك انه يضمن احضاره دون احضار المال وان غاب عنه وتعذر عليه احضاره فهو على شرطه وان ترك احضاره مع القدرة عليه فقد أتلف على الرجل ماله حين تركه الحميل بما يضمن من احضاره ثم قصد الى تركه أو يستره في بيته فكان عليه ضمان ما أتلفه عليه

(فصل) وأما الحمالة بالمال فمعناها التزام ايصال المال الى من تحمل له به ولا تبرأ بذلك ذمة المتحمل عنه خلافا لابن أبي ليلى في قوله ان ذلك يبرئ ذمة المتحمل عنه قال القاضي أبو محمد لانها وثيقة فلم يبرأ بها من عليه الحق كالرهن (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففي الحمالة بالمال ستة أبواب * الباب الأول فيما تصح به الحمالة وتمييزها مما لاتصح به الحمالة * والباب الثاني فيمن تصح الحمالة منه وتمييزه ممن لاتصح الحمالة منه * والباب الثالث فيمن تصح الحمالة عنه وتمييزه ممن لاتصح الحمالة عنه * والباب الرابع فيما للطالب من مطالبة الحميل * والباب الخامس في رفق الطالب بالحميل أو الغريم * والباب السادس في قضاء الحميل عن الغريم

(الباب الأول فيما تصح الحمالة به)

الحمالة تصح في المعلوم والمجهول خلافا للشافعي في منعها من المجهول والدليل على ما نقوله ان هذه وثيقة بحق فصحت في المجهول كالشهادة بالوصية اذا ثبت ذلك فقد قال مالك في الموازية من أوصى ولده أو غيرهم أن يضمنوا عنه دينه فذلك جائز سمى الدين أو لم يسمه والغرماء حضور أو غيب في الصحة أو في المرض وفي العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك فيمن مات وعليه من الدين مالا يدرى كم هو وترك مالا من عين وعرض لم يحصر ولا يدرى كم هو فتحمل بعض ورثته بدينه الى أجل على أن يخلى بينه وبين ماله فان كان فيه فضل بعد وفاء الدين كان بينه وبين الورثة على فرائض الله تعالى وان كان نقصان فعليه وحده ان ذلك جائز كان الذى تحمل به نقدا أو مؤجلا لانه صنه على وجه المعروف ولو كان على أن له الفضل وعليه النقص لم يجز لانه بيع فاسد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان طرأ غريم لم يعلم به الوارث لزمه أن يقضيه ولا ينفعه قوله لم أعلم به قال ذلك مالك وابن القاسم ووجه ذلك انه قد التزم أداء ديونه على العموم ولم يخص ما يعلمه دون ما لا يعلمه والتزام ذلك عن الميت أو المفلس جائز لازم والتزام المجهول لازم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن قال أنا ضامن لما قضى به لفلان على فلان وهما غائبان أو حاضران أو أحدهما غائب أن ذلك يلزمه قال ابن القاسم في المدونة لان مالكا قال من أوجب المعروف على نفسه لزمه والكفالة معروف فلزمت لزوم الدين (مسئلة) ومن قال لرجل بائع فلانا وأنا ضامن لما بعته به لزمه ذلك اذا ثبت ما باعه به قاله ابن القاسم في المدونة وقال غيره انما يلزمه من ذلك ما يشبه أن يعامل به المتحمل عنه ولا يبعد أن يكون هذا مذهب ابن القاسم ويراعى فيه أيضا حال المتحمل له قال القاضي أبو محمد هذه المسئلة مبنية على ثلاثة أصول أحدها أن ضمان المجهول جائز والثاني ان ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله ألق مالك في البحر وعلى ضمانه والثالث أن اطلاق مثل هذا محمول على العرف والعادة ووجه ذلك ان من قال لبائع فاكهة يريد مبايعة رجل بالدرهم والدرهمين أنا ضامن لما بايعت به فلانا فعامله بثياب قرقبية باعها منه أو يواقيت وجواهر لها الثمن الكثير من آلاف الدنانير لم يلزمه ذلك لانه يعلم انه لم يرد هذه المعاملة ولا ضمان هذا المقدار من الأثمان وانما أراد ما جرت به العادة في مثله من مبايعة مثله فيما يبتاعه على وجه التفكه الشئ بعد الشئ والله أعلم وأحكم (فرع) ولو رجع الحميل قبل أن يعامله المتحمل منه ففي المدونة عن ابن القاسم له ذلك بخلاف من قال لمن يخاصم أخاه احلف على ما تدعيه قبل أخى وأنا ضامن ثم أراد الرجوع فليس له ذلك والفرق بينهما ان الحميل لما لم يعامل به في المستقبل لم يتحمل شيأ ماضيا ولا حقا ثابتا وانما وعد بالحمالة في المستقبل اذا وجد الدين فله أن يرجع قبل أن يلزم الحمالة بوجود الدين والذى قال له احلف بما تدعيه وأنا له ضامن يضمن أمرا قد تقدم وجوده فكان للطالب أن يحقق وجوده في الماضي بيمينه في المستقبل فلذلك لم يكن له الرجوع لانه قد تضمن دينا ماضيا على صفة وهي وجود اليمين المثبتة له والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن اشترى جارية فتكفلت له بما أدركه فيها من درك لزمه ضمان ذلك ووجه ذلك ما قدمناه من صحة الكفالة بالمجهول (مسئلة) ومن أعتق عبده على ألف درهم جاز له أن يأخذ منه بها حميلا ولا تجوز الحمالة بكتابة المكاتب وان لم يتعجل العتق والفرق بينهما انه ان عجل عتقه على مال لزمه ذلك المال في ذمته فلذلك صحت الحمالة به وما على المكاتب من غرم كتابته فغير معلق بصفة ولا هو دين ثابت عليه لانه يسقط بالعجز عنه فلذلك لا تصح الحمالة (مسئلة) ولا يجوز أن يأخذ حميلا لمعين اشتريته قاله ابن القاسم في المدونة قال لان

مالكا قال لا يجوز أن يأخذ حميلا بسلعة غائبة اشتريتها بعيدة كانت أو قريبة يجوز فيها النقد ووجه ذلك ان عين المعين لا يقدر الحميل على احضارها ولا تتعلق بذمته ومعنى الحمالة تعلق الحق المتحمل به بذمة الحميل والاعيان لا تتعلق بالذمم فلذلك لا يجوز التحمل بها (مسئلة) ولا تجوز الكفالة فى الحدود ولا التعزير قاله ابن القاسم فى المدونة ووجه ذلك انها متعلقة بمعينين ولا تعلق لها بالذمم فلا تصح الكفالة فيها ومن استأجر أجيرا أو صانعا معينا لم تصح فيه الكفالة لانه لا يصح أن يقوم غيره مقامه فى العمل وانما يتعلق العمل بتلك العين دون غيرها من الأعيان والذمم قاله ابن القاسم فى المدونة ولو كانت خدمة فى الذمة مقدرة بزمن أو عمل لصحت الحمالة بها (مسئلة) والحمالة بالجعل حرام قاله مالك فى العتبية من رواية ابن القاسم عنه ومعنى ذلك أن تعطى المتحمل جعلا على حمالته قال فى العتبية ويرد ما أخذ قال فى الموازية فان كان صاحب الحق عالما بذلك سقطت الحمالة ورد الجعل فان لم يعلم بذلك فالحمالة لازمة والجعل مردود ومعنى ذلك انه عقد يختص بالمعروف فلم يصح فيه العوض كالقرض وقد قال أصبغ فى الموازية كل حمالة وقع حرامها بعقد بين الحميل والمطلوب بغير علم الطالب فالحمالة له ثابتة وانما يفسدها علم الطالب قال محمد ويكون ذلك من سببه ومعاملته فاذا لم يكن من سببه ولا علم به فى الحمالة فالحمالة ثابتة (مسئلة) وكل حمالة وقعت على حرام من المتبايعين فى أول أمرهما أو بعده ففى الموازية لا يلزم الحميل علم المتبايعان حرام ذلك أو جهلاه علمه الحميل أو جهله وقد قاله أشهب فى دافع دينار فى دينارين الى أجل وأخذ بهما حميلا الحمالة ساقطة وكذلك كل حمالة بامر فاسد قال محمد ومن معنى قول ابن القاسم وأصحاب مالك عن اتباع منهم لمالك وقد قال ابن القاسم فيمن دفع دينارا فى دينارين أن الحمالة فى ذلك ساقطة وكذلك فى فسخ الدين فى الدين وروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية ان لم يعلم الحميل بذلك فالحمالة ساقطة وان علم لزمته فى دينار من الدينارين وبطل الربا فوجه رواية ابن المواز عن ابن القاسم فى ابطال ذلك أن الحمالة انما تعلقت بأحد عوضى عقد البيع وذلك لا يكون الا بعد صحة العقد فاذا ابطل العقد لفساده بطل العوض منه ووجب أن تبطل الحمالة لما بطل ما تعلقت به ووجه رواية عيسى ان الحميل اذا علم بذلك فانما تضمنت حمالته رد ما صار الى المتحمل عنه اذا وجب عليه رده بالشرع واذا لم يعلم بذلك فانما التزم المتحمل العوض فى عقد وذلك يعدم فى هذه المسئلة للاتفاق على ابطال عقد البيع (مسئلة) ومن باع طعاما من مبيع قبل قبضه وأخذ به حميلا فقد روى أصبغ عن ابن القاسم وأشهب ان الحمالة ساقطة ووجه ذلك ما تقدم من أن ما تحمل به لا ينفذ على حسب ما تحمل به فبطلت الحمالة (مسئلة) ومن أسلف سلفا فلا بأس أن يأخذ به حميلا قال مالك فى الموازية قال وما أعلم أحدا كرهه الا الحسن ووجه ذلك انه وثيقة تجوز فى البيع فجازت فى القرض كالشهادة (مسئلة) والحمالة بما على الميت جائزة وان لم يترك وفاء وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز ذلك اذا لم يترك وفاء والدليل على ما نقوله ما روى سلمة بن الأكوع أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة فقال هل عليه من دين قالوا نعم قال هل ترك شيأ قالوا لا قال صلوا على صاحبكم قال أبو قتادة صل عليه يارسول الله وعلى دينه فصلى عليه ومن جهة المعنى ان كل دين صحت الحمالة به مع اليسار فانها تصح به مع الاعسار كدين الحى

(الباب الثانى فى ذكر ما تصح الحمالة منه وتمييزه ممن لا تصح حمالته)

الذى تصح حمالته كل مالك لأمره لا حجر لاحد عليه سواء كان يقدر على النطق أو كان أخرس اذا فهم مراده قال مالك فى المدونة يجوز كفالته اذا فهم عنه وأما من عليه حجر لحقه ولحق غيره فانه يعتبر

أمره فان كان محجورا عليه لحق نفسه كالصغير والسفيه والمولى عليه لم يلزمه الحمالة وأما البكر التي لم تعنس فهي كالصغير في ذلك وأما التي عنست وأونس رشدها في بيت والدها ففي المدونة انه يجوز حمالتها عند ابن القاسم ووجدته في كتاب عبد الرحمن عن مالك وقال مالك لا تجوز هبتها وكذلك كفالتها الان بضعها بيد أبيها ووجه ذلك انه لما لم يسقط التعنيس ولاية الأب في البضع لم يسقط في المال وجه القول الاول ان الولاية في البضع لا تزول بالرشد والولاية في المال تزول بالرشد لانها تراد لحفظ المال فاذا حفظ المال بالرشد زالت ولاية المال وبقيت ولاية البضع لانها تراد لحفظ البضع مما يغيب فعناها باقية ما بقيت المرأة فيه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من كان محجورا عليه لحق غيره كالعبد والمستغرق في الدين والمريض والمرأة ذات الزوج فان العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد حمالتهم بغير اذن السيد باطلة وان كان العبد مأذونا له في التجارة وقال ابن الماجشون تجوز حمالة العبد وحكى ابن المواز القولين في العبد وجه القول الاول وهو قول مالك وجهور أصحابه معنى يدخل في ذمته نقصا وعيبا فلم يكن له ذلك بغير اذن سيده كالمداينة وأيضا فانه وجه من المعروف فلم يكن له بغير اذن سيده وان أذن له في التجارة كهبة ماله (مسئلة) وتجوز حمالة العبد باذن السيد وان لم يكن مأذونا له في التجارة الا أن يستغرقه الدين فلا يجوز وان أذن له السيد ووجه ذلك كله ان الحجر انما تعلق به لحق سيده فاذا أذن له في ذلك جازت له حمالته ولو كان عليه دين يفترق ماله لم يجز ذلك لانه محجور عليه لحق الغرماء فلا تصح حمالته أذن له السيد أم لم يأذن له وأما المكاتب فقد قال ابن القاسم في المدونة ان اذن السيد للمكاتب والمدبر وأم الولد في الحمالة جازت حمالتهم وقال غيره لا يجوز معروف المكاتب لان ذلك داعية الى رقه وليس له ذلك ولا لسيده ووجه قول ابن القاسم انه محجور عليه بحكم الرق فجاز ما يفعله من ذلك باذن السيد أصل ذلك العبد القن ووجه قول الغير ما احتج به من أنه ليس له أن يرق نفسه فوجب أن يكون ممنوعا من كل ما يكون سببا له (مسئلة) وهل للسيد اكراه العبد على الحمالة قال ابن القاسم في المدونة ليس له ذلك وقال ابن الماجشون في النوادر له ذلك وجه قول ابن القاسم ان السيد ليس له ادخال نقص في ذمة عبده كما ليس له أن يثبت ذلك دينا عليه ووجه قول ابن الماجشون ان له انتزاع ماله وهو بمعنى ذمته فكان له شغل ذمته على هذا الوجه (مسئلة) وأما المستغرق في الدين ففي العتبية والموازية عن مالك لا يجوز حمالة من أحاط به الدين كصدقته وتفسخ لانها من المعروف ووجه ذلك ان من كان للغرماء رد عتقه كان لهم رد كفالته وهبته كالمضروب على يديه (مسئلة) وأما المريض ففي المدونة عن ابن القاسم يجوز كفالة المريض في ثلثه وروى ابن المواز عن عبد الملك ان كان المحمول به مليا لزمته وان كان عديما بطلت ولم يكن في الثلث اذا لم يرد بهذه الوصية ووجه قول ابن القاسم انه معروف يفعله المريض فكان في ثلثه كهبته ووجه قول عبد الملك ما احتج به (مسئلة) وأما كفالة ذات الزوج ففي المدونة عن ابن القاسم ان ذلك في ثلث مالها فان زادت على الثلث في كفالتها فللزوج ابطال جميعها الا أن يزيد على الثلث الدينار والشئ اليسير فيمضي الثلث والزيادة وقال المغيرة اذا جازت المرأة الثلث لم يبطل كالمريض يوصي بأكثر من ثلثه (مسئلة) واذا تكفلت المرأة بزوجها ففي المدونة قال مالك عطية المرأة زوجها جميع مالها جائز عليها وكذلك كفالتها عنه ومعنى ذلك ان كفالتها عنه باذنه ورضاه فان لم يرض بذلك فعلى مذهب ابن القاسم تبطل الا أن تكون بثلث مالها فأدنى والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث فيمن يصح الحمالة عنه وتمييزه ممن لا تصح عنه)

وتحرير ذلك انها تجوز عن كل مالك لأمره أو غير مالك لأمره فيما يلزم أداؤه من ماله وأما المولى عليه فلا يخلو أن يكون تحمل عنه حميل بما تقدمت المعاملة فيه أو بما تستقبل المعاملة فيه فان كان تحمل عنه بثمن ما قد ابتاعه فقد قال ابن القاسم في العتبية والموازية ان كل ما تحمل به مما يلزم اليتيم لزم الحميل ويرجع به في مال الصبي وقال عبد الملك لا يلزم المولى عليه شئ مما تحمل به فان كانت المعاملة قبل الحمالة لم يلزم الحميل شئ يريد انه لم يتحمل عنه بدين عليه ولا عامله المتحمل له بسببه فلا يلزم الحميل شئ وان كانت المعاملة بعد ذلك لزم الحميل الغرم ولم يرجع هو ولا الطالب على اليتيم وان كان مما يلزم اليتيم مثل أن يكون له الدار والحائط فيسلفه النفقة فيها فهذا يلزم الحميل فعلى هذا فانه تحمل به عن اليتيم على ثلاثة أقسام قسم يلزم الحميل ويرجع به وهو ما يلزم مال اليتيم وقسم يلزم الحميل ولا يكون له الرجوع به وهو على ما عومل به بسبب الحمالة ولا يلزم مال اليتيم وقد قال أصبغ في العتبية فيمن اشترى من سفيه وأخذ حميلا بما يلزمه من قبله فأبطل البيع والثمن على السفيه فان الحميل يغرم الثمن ولا يرجع به على أحد وقسم لا يلزم الحميل ولا يرجع به كالمتحمل عنه عن معاملة قديمة لا يلزم ماله

(الباب الرابع فيما للطالب من مطالبة الحميل)

لا يخلو أن يكون الحميل واحدا أو جماعة فان كان واحدا فهل للطالب أخذه بجميع الحق مع حضور الغريم وغناه اختلف فيه في قول مالك فقال في المدونة في الحميل بالمال للطالب طلبه في مال الغريم وحضوره قال القاضي أبو محمد وبه قال مالك والشافعي ثم رجع مالك فقال لا يبيعه الا في عدمه أو غيبته قال القاضي أبو محمد وبه قال عبد الملك وجه القول الاول ان الحق متعلق بذمته في حال عدم الغريم فوجب أن يكون متعلقا بذمته في حال يساره كالغريم ووجه القول الثاني عندي انه وثيقة بالحق فلم ينتقل اليه الا مع تعذر استيفاء الحق من محله كالرهن (مسئلة) وليس للطالب أن يكلف الحميل ملازمة الغريم حتى يدفع ما عليه اذا كان موسرا قاله ابن القاسم ووجه ذلك انه وثيقة بالحق من الغريم وانما له مطالبته بدفع الحق يرجع اليه عند تعذر استيفائه وليس بوكيل على المطالبة بالدين (مسئلة) وليس للحميل أخذ الحق الى الطالب ووجه ذلك ان الحميل ليس بوكيل على القبض ولا مأذون له فيه وانما له أن يطالب الغريم بما تبرأ ذمته به وهو إيصال الدين الى مستحقه (مسئلة) واذا حل أجل الدين والغريم غائب فلا يخلو أن يكون بعيد الغيبة أو قريبها فان كان بعيد الغيبة ولم يكن للغريم مال حاضر أغرم الحميل وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في البعيد الغيبة والذى لا يدرى أين هو فلا يضرب له أجل فان كان له مال حاضر فلا يخلو أن يقرب تناوله كالناظر أو ما هو في حكمه أو يبعد تناوله كالدار تباع وما يطول أمده ويكون فيه التربص فان كان مما يقرب أمده قضى منه الطالب وان كان مما يبعد تناوله أخذ الدين من الحميل ثم للحميل أن يباع له ذلك وان كان قريب الغيبة أجل الحميل أجلا قريبا وكر رفان أبى والا فعل به ما ذكرناه قاله كله ابن حبيب عن ابن القاسم (مسئلة) واذا حل الاجل والغريم معسر كان للطالب أخذ ماله من الحميل وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية ان قال الطالب ان الغريم عديم وقال الحميل هو ملىء ولم يعرف له مال ظاهر غرم الحميل ومعنى ذلك ان ذمة الحميل قد تعلق بها الحق فلا يبرأ الا بالأداء وانما يبرأ الغريم بالمطالبة اذا كان له مال فعلى الحميل الذى يدعى يسره اظهار ذلك المال فيبرأ والا لم يبرأ من الدين (مسئلة) وهذا فيما يثبت من دين الغريم بالبينة فأما ما لا يثبت الا باق

الغريم فلا يلزم ذلك الحميل رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي أن يكون الاقرار بالدين بعد الحمالة وأما اذا أقر به الغريم قبل الحمالة فشهد بذلك على اقراره شاهدا عدل فان الذي يريد مالك بقوله انه مما تقوم به البينة ويلزم ذلك الحميل والله أعلم وأحكم

(فصل) ومن قام على منكر بدين فقال له الرجل ان لم آتك به غدا فالمال على وقد سماه لم يلزمه المال وان لم يأت به حتى يبينه الطالب ببينة ولو أقر المطلوب بعد الحمالة لم يلزم ذلك الحميل الا ببينة وكذلك من ادعى على غائب ألف درهم فتكفل به رجل فقدم الغائب فأنكر أو أقر لم يلزم الحميل ذلك الا ببينة على أصل الدين أو ببينة على اقرار الغريم قبل الحمالة قاله كله في الموازية ونحوه في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم (مسئلة) ولو أنكر الغريم الدين وأقر به الحميل ففي كتاب ابن سحنون عن أبيه يغرم الحميل ثم ان قامت له بينة رجع على الغريم بما أدى عنه ورواه في العتبية يحيى عن ابن القاسم قال وان لم يكن للحميل بينة لم يرجع على الغريم بما أداه

(فصل) وان كان الحملاء جماعة تكفلوا له بمال فلا يخلو أن يطلق لفظ الكفالة أو يقول وبعضهم كفلاء عن بعض أوله أن يأخذ من شاء منهم بجميع حقه فان أطلق لفظ الكفالة فأعسر الغريم عند الاجل فقد قال مالك ليس له أن يأخذ من وجد من الكفلاء بجميع المال وانما له أن يأخذ كل واحد منهم بحصته منه فان كانوا ثلاثة أخذ من كل واحد ثلث المال ووجه ذلك انهم اذا تكفلوا بمائة فانما تكفل كل واحد منهم بثلث المائة فلا يلزمه سواها (مسئلة) وان شرط عليهم وبعضهم كفلاء عن بعض كان له أن يأخذ بعضهم بجميع حقه وان كانوا موسرين فان أعسر بعضهم كان له أن يأخذ جميع حقه من الموسر قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك انه اذا كان بعضهم حملاء عن بعض كان لهم حكم الحمالة فليس لهم أن يأخذوا واحدا منهم الا بما يجوز له أن يعدل به عن الغريم الى الحميل من الاعسار أو الغيبة والله أعلم وأحكم (فرع) ولو غاب الحملاء الا واحدا منهم فغرم الحاضر المال ثم قدم الحميلان والغريم فقد قال ابن القاسم في المدونة للحاضر الذي غرم أن يرجع على صاحبيه بثلثي المال وان كان الغريم مليا وله أن يرجع به على الغريم بخلاف طالب الحق لا يأخذه من الحميل اذا كان الغريم موسرا حاضرا ووجه الفرق بينهما ان الحميل انما أخذ وثيقة من الدين الذي على الغريم فلا يطلب مع تمكن الاقتضاء من الغريم والحميل الذي غرم في غيبة الحملاء والغريم فكل واحد منهم حميل بجميع المال فانما غرم عن الحميل كما غرم عن الغريم لانه لو حضر صاحبه في الحمالة لزمه الغرم معه فلما كان أداه عنه كان له الرجوع عليه دون اعتبار حال الغريم (مسئلة) فان اشترط ان له أخذ من شاء منهم بجميع الحق ففي المدونة عن ابن القاسم له أن يأخذ من شاء منهم بحقه وان كان شركاؤه في الحمالة حضورا موسرين لانه قد شرط ذلك واذا أخذ أحدهم بجميع المال لم يكن له أن يرجع على أصحابه بشئ مما أداه لان الطالب قد شرط في الحمالة أن له أن يعلق حقه بذمة من شاء منهم فاذا عين حقه عند أحدهم فانما ذلك عن نفسه لا عن أصحابه فلذلك لم يجز له أن يرجع عليهم بشئ مما أداه وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن كنانة وأشهب ان الشرط باطل وليس له اتباع أحدهم بأكثر من نصيبه الا في عدم أصحابه أو غيبتهم (فرع) فان شرط مع شرطه أن يأخذ من شاء منهم بجميع حقه ان بعضهم حملاء عن بعض فأخذ حقه من أحدهم كان لمن أدى الحق أن يرجع على أصحابه بما أدى عنهم لانهم قد شرطوا انه ان عين حقه عند أحدهم فعلى وجه ان بعضهم حملاء عن

بعض فقد تعلق الحق بحمالة جميعهم على ان للطالب أن يختار مطالبة من شاء منهم وفي المسئلة الأولى لم يتعلق الدين بحمالة جميعهم وان تعلق بحمالة واحد غير معين فللطالب أن يعينه عن شاء منهم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن تحمل له بدينه رجل ثم لقي الغريم فأعطاه حميلا آخر فقد روى ابن الماجشون عن مالك له أن يتبع اى الحميلين شاء ووجه ذلك ان كل واحد منهم تحمل بجميع المال على غير رتبة تقتضى تقدم أحدهما فاقتضى ذلك التخيير في أن يطلبهما أو يطلب أيهما شاء (مسئلة) ومن تحمل لرجل بمال على غريم ثم تحمل له رجل آخر بالحميل فانما له أن يطلب الغريم فان غاب أو أعسر انتقل الى طلب الحميل الأول فان غاب أو أعسر انتقل الى الحميل الثانى قاله ابن الماجشون ووجه ذلك أن حاله مع الحميل الأول والثانى كحاله مع الحميل الأول والغريم وقد تقدم ذكره والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس في رفق الطالب بالغريم أو الحميل)

وجه ذلك ان الطالب قد يهب حقه الغريم أو الحميل أو يؤخر أحدهما فأما الهبة فان وهب الغريم فقد برئ الحميل لان الهبة كالاقتضاء ولو اقتضى حقه لبرئ الحميل فكذلك اذا وهبه ولو وهب الحق الحميل لم يبر الغريم عليه أن يؤدى الى المتحمل له (فرع) ومن أخذ حميلا بثمن سلعة على ان له أن يأخذ أيهما شاء بحقه فمات الغريم فأحاله الطالب ثم أراد أن يطالب الحميل ففي العتبية والموازية لأشهب عن مالك يحلف ماوضع الا للميت وهو على حقه قال محمد فيها شئ وقال في موضع آخر فيها نظر وروى في موضع آخر عن مالك ان كان أخر بعض الحق من تركة الميت كان ما أخذ بالحصص بين الحقين ويحلف ماوضع الا للميت ويكون على الحميل حصته مما بقى (مسئلة) وأما ان أخر الغريم ففي العتبية والموازية لأشهب عن مالك ان أخر الغريم سنة فالحمالة ثابتة الا ان للحميل أن يمنع التأخير ويقول أخاف أن يفلس فليس له التأخير قال ابن القاسم في المدونة الا أن يسقط الحمالة وقال غيره في المدونة اذا أخر الغريم وهو موسر تأخيرا بينا فقد سقطت الحمالة عن الحميل وان كان الغريم معسرا فله أن يقوم على الكفيل وأن يقف عنه وجه قول ابن القاسم ان تأخر الغريم لا ينافي حمالة الحميل فليس فيه دليل على ابراء الحميل ولا يكون تأثيره في اسقاط الحق عن الحميل أكثر من تأثيره في اسقاطه عن الغريم لتعلق الحق بذمتهما ووجه قول الغير انه لما لم يلزم الحميل تأخير الغريم كان الظاهر من تأخيره ابراء الحميل والله أعلم (فرع) ولو علم الحميل بتأخيره فسكت لزمته الحمالة فان لم يعلم بذلك حتى حل الأجل حلف الطالب ما أخره ليبرئ الحميل وتثبت له الحمالة قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك ان ترك الاعتراض من الحميل في تأخيره رضا به فان لم يعلم بذلك واحتمل تأخير الطالب للغريم الذى لا يلزم الحميل تجويزه أن يريد به ابراء الحميل كان على الطالب اليمين انه لم يرد به ابراءه وانما أراد به الرفق بالغريم مع بقاء الحق متعلقا بحمالة الحميل (مسئلة) ولو أخر الطالب الحميل فذلك تأخير للغريم الا أن يحلف ما كان ذلك تأخيرا فان نكل لزمه التأخير لانه لو وضع عن الحميل الحمالة لكان له أن يتبع الغريم قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ما لزمه من اليمين ان تأخيره الحميل محتمل لتأخير الغريم له فلزمته اليمين انه ما أراد ذلك ولا قصده

(الباب السادس في قضاء الحق)

فان دفعه الغريم برئ وبرئ الحميل وان دفعه الحميل برئ من مطالبة صاحب الحق وكان له مطالبة الغريم فان كان أدى عنه مثل ما عليه رجع بمثله وان كان ادى عنه غير ما عليه مثل أن يكون

الدين دنانير فيدفع عنه الحميل دراهم فان ذلك لا يجوز قبل الأجل لما فيه من تأخير أحد عوضى الصرف وأما بعد الأجل ففى كتاب ابن المواز ان ذلك جائز وفيه أنه غير جائز واليه رجع ابن القاسم وهو قول أشهب وأصحابه وجه القول الأول ان ما بين الطالب والغريم قد صح باتخاذ المصارفة لان ذلك متعلق بذمته كالذى كان له عليه الدين ووجه القول الثانى بالمنع ما احتج به محمد من ان الغريم يكون مخيرا بين أن يدفع ما كان عليه أو ما دفع عنه فيدخله الخيار فى الصرف وفسخ دين فى دين والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بالجواز فقد قال ابن القاسم لا يؤخذ من الغريم الدنانير ولكن يخرج الغريم الدنانير ثم يشترى بها دراهم فان نقصت لم يكن للحميل غيرها وان زادت فليس له الفضل وكان ابن القاسم يقول الغريم مخير ان شاء دفع الدنانير أو الدراهم ثم رجع فقال هذا حرام بين الحميل والغريم وقاله أشهب وجه القول الأول ان عمل الكفيل مع صاحب الحق اذا حكمنا بصحته وجب أن يصح ما بين الحميل والغريم للدنانير لانه تأخير فى الصرف فوجب أن يصح بأن يخرج الغريم ما كان عليه فلا يفسد من جهته شئ ثم يشترى للحميل من جنس ما أدّى فان كان فيه نقص فهو الذى أدخله على نفسه وان كان فيه فضل لم يكن له لان ما دفع عنه انما هو سلف أسلفه اياه فلا يأخذ أكثر منه ووجه القول بالتخيير ان هذا تخيير ثابت بالشرع فلا يبطل الصرف كخيار من وجد فى عوض الصرف زائفا فانه مخير بين أن يرد المعيب أو يمسك ولا يمنع صحة ذلك الصرف (فرع) فان قلنا برواية المنع فلا يجوز أن يصالح الكفيل طالب الحق اذا كان الدين دنانير بدراهم ولا شئ مما يكال أو يوزن من سائر الأشياء الا بالجزاف منه أو بما يرجع الى القيمة من حيوان أو عرض أو غيره لانه فيما يكال أو يوزن يرجع الى أن يكون الغريم مخيرا ومعنى ذلك انه يدخله الخيار فى فسخ الدين فى دين وذلك غير جائز وأما ما يرجع الى القيمة فانه يقوم بجنس الدين فلا يدخله تخيير ولا فسخ دين فى دين (مسئلة) ومن تحمل بمال لرجل الى أجل فمات الحميل قبل الأجل ففى المدونة لرب الحق أن يتعجل حقه من ماله قال فى المدونة وان كان الغريم مليا حاضرا فليس لورثته أن يأخذوه من مال الغريم قبل الأجل وقال ابن الماجشون لا يحل الحق بموته ولكن يوقف من ماله بقدر الدين وجه القول الأول أن الدين متعلق بذمته فوجب أن يحل بموته ويتعجل طلبه منه كالغريم ووجه القول الثانى انه حميل فلا تطلب تركته بالدين لموته اذا كان الغريم حاضرا مليا أصل ذلك اذا مات بعد الأجل (فرع) ولو مات الحميل مفلسا فان لصاحب الحق أن يحاص الغرماء فى ماله قاله ابن القاسم فى المدونة ووجه ذلك أنه يحل الدين بموته فوجب أن يحاص الغرماء فى ماله كالغريم (مسئلة) ولو مات الحميل عند الأجل أو بعده فقد قال ابن القاسم وأشهب فى الموازية ههنا يبدأ بالغريم فان كان غائبا أو عديما أخذ من مال الحميل ووجه ذلك انه قد كان له أن يطالب الغريم فلم يكن له أن يطالب الحميل وانما له مطالبة الحميل اذا لم يكن له مطالبة الغريم (مسئلة) ولو مات الغريم قبل الأجل فللطالب أن يتعجل حقه من ماله وان لم يكن له أن يطلب به الحميل حتى يحل الأجل قال ابن القاسم فى المدونة ووجه ذلك ان الدين يحل بموت من يتعلق بذمته فان طلب من الغريم روعيت حاله فى أخذه منه بموته وان طلب من الحميل روعيت حاله فلا يحل بموت غيره كما لو مات الحميل قبل الأجل فانه لا يكون ذلك سببا لمطالبة الغريم والله أعلم وأحكم

(فصل) اذا ثبت ذلك فنرجع الى تقسيم لفظ مسئلة الأصل وهو قوله فان هلك الحميل أو أفلس فان الذى تحمل له يرجع على غريمه الأول يريد انه ان مات مفلسا أو أفلس مع بقاء حياته لان حقه لم ينتقل

عن ذمة الغريم بالحالة وانما أخذ الحميل وثيقة لحقه كالرهن ففلس الحميل بمنزلة ضياع الرهن والله أعلم وجه ذلك أن موت الحميل مع كونه عيبا لا يوجب رجوع الطالب على الغريم بل له على قول ابن القاسم أن يتعجل من ماله دينا وعلى قول ابن الماجشون يوقف من ماله بقدر الدين فحكم الحالة باق على القولين والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله يرجع على غريمه الأول لفظ الرجوع يقتضي ظاهره انه قد كان تعلق بمطالبة الحميل أولا وأنه كان له ذلك وهو يكون على وجوه منها على قول مالك الاول ان له أن يبدأ بمطالبة الحميل ان شاء فان مات الكفيل أو أفلس قبل أن يستوفي منه كان له أن يرجع الى مطالبة الغريم ومنها اذا باع من الغريم سلعة أو أسلفه مالا كان له أن يرجع الى مطالبة الغريم ومنها أنه اذا باع من الغريم وأخذ منه حميلا وشرط ان له أن يأخذ أيهما شاء فظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية ان له ذلك وهو الظاهر من رواية أشهب عن مالك في العتبية والموازية فعلى هذا أيضا ان مات الحميل أو أفلس كان له الرجوع الى مطالبة الغريم ويحتمل أيضا أن يريد به أن الغريم كان مفلسا فاتبع مطالبة الحميل فلما تعذر الاستيفاء من جهته رجع الى اتباع الغريم في ذمته بما بقي عليه ويحتمل أن يريد بقوله يرجع على غريمه معناه يبقى حقه ثابتا على غريمه لا يبطل بموت الحميل بخلاف الحوالة التي تبطل حقه بموت المحال عليه ولا يكون له مطالبة الحميل والله أعلم أي ذلك أراده

﴿ القضاء فيمن ابتاع ثوبا وبه عيب ﴾

ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول اذا ابتاع الرجل ثوبا وبه عيب من حرق أو غيره قد علمه البائع فشهد عليه بذلك أو أقر به فأحدث فيه الذي ابتاعه حدثا من تقطيع ينقص ثمن الثوب ثم علم المبتاع بالعيب فهو رد على البائع وليس على الذي ابتاعه غرم في تقطيعه اياه ﴾ ش وهذا على ما قال انه ان أحدث المبتاع بالثوب حدثا من تقطيع أو غيره ثم اطلع على عيب كان عند البائع فلا يخلو أن يكون دلس البائع بالعيب على ما ذكره في المسئلة أو لم يدلس به فان كان دلس به فلا يخلو أن يكون ما أحدثه فيه المبتاع مما جرت العادة به ومما يشتري غالبا له أو يحدث فيه ما لم تجر العادة بمثله فاما القسم الاول في تقطيع ما جرت به العادة في مثله من الثياب فما أحدث المبتاع من هذا مما ينقص المبيع فللمبتاع أن يرجع بجميع الثمن ولا يرد ما نقص ذلك المبيع ولو قطعه على غير ما جرت به عادة مثل ذلك الثوب مثل أن يكون ثوب وشي رفيع فيقطعه جوارب أو رقاعا فهذا لا يرده على المدلس لانه قد فات بذلك من الفعل ويرجع بما نقصه قاله ابن القاسم في المدونة وذلك ان البائع قد علم ان المبتاع يتصرف في المبيع التصرف المعتاد فاذا أسلمه اليه على وجه التمليك مع ما دلس له به من العيب فقد أذن له في ذلك فلا يرجع عليه بما ينقص ذلك الفعل ولم يأذن له في التصرف الذي ليس بمعتاد فلذلك يلزم من فعله (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان أقر المبتاع بالتدليس أو قامت البينة بانه كان عالما بالعيب عند المبيع فللمبتاع رده وأخذ جميع الثمن وهل له امساكه والرجوع بقيمة العيب قال ابن القاسم له ذلك وقال ابن المواز ليس له ذلك اذا كان مما نقصه غير صناعة كالقطع فان كان صناعة كالصبغ والخياطة كان له ذلك لان له أن يمتنع من تسليم صناعته وحكى ذلك عن أصبغ ووجه ما قاله ابن القاسم ان العيب المفسد لما حدث أثبت له الخيار كالصنعة وما تقدم من التدليس يسقط عنه قيمة العيب الحادث ووجه قول ابن المواز للمبتاع رد المبيع دون غرم فلم يكن له امساكه والرجوع بقيمة المبيع اذا لم يكن

﴿ القضاء فيمن ابتاع ثوبا وبه عيب ﴾
﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول اذا ابتاع الرجل ثوبا وبه عيب من حرق أو غيره قد علمه البائع فشهد عليه بذلك أو أقر فاحدث فيه الذي ابتاعه حدثا من تقطيع ينقص ثمن الثوب ثم علم المبتاع بالعيب فهو رد على البائع وليس على الذي ابتاعه غرم في تقطيعه اياه

فيه غبن فوته أصل ذلك اذا لم يحدث عنده عيبا (مسئلة) فان ادعى المبتاع على البائع التدليس وأنكره البائع وادعى النسيان ولم تقم بينته له بشيء من ذلك فقد قال ابن القاسم يحلف البائع على ماقال ويخير المبتاع بين أن يرد المبيع وقيمة العيب الحادث ويأخذ الثمن أو يمسك المبيع ويرجع بقيمة العيب القديم وروى ابن المواز عن مالك لا يحلف البائع حتى يخير المبتاع فان اختار الرجوع بقيمة العيب لم يحلف البائع اذ لا فائدة في استحلافه لان حاله في الرجوع بقيمة العيب في التدليس وغيره حالة واحدة عند من يرى التخيير ثابتا في التدليس وان أراد الرد استحلف البائع فان حلف رد المبتاع مع المبيع قيمة العيب الحادث وجه قول ابن القاسم بتقديم اليمين ان التخيير لا يثبت الحكم به الا بعد اليمين وأما قبل اليمين فحكم التدليس يمنع عند جماعة من أصحابنا التخيير وقد تقدم ذكره فاذا حلف بطل حكم التدليس ولزم الحكم بالتخيير ووجه قول مالك ان التخيير ثابت بحدوث العيب الحادث ولا معنى لليمين الا اثبات قيمة العيب الحادث على المبتاع وانما ذلك في الرد فاذا لم يختر الرد فلا معنى لهذه اليمين لانها غير مؤثرة في الامساك والرجوع بقيمة العيب القديم وهذا القول أجرى على قول ابن القاسم في اثبات التخيير مع التدليس وقول ابن القاسم في هذه المسئلة أجرى على قول ابن المواز وأصبغ في اسقاط حكم التخيير مع التدليس وانما ألزم المدعى النسيان اليمين لانه يمكن أن يكون عالما بالعيب عند البيع فاذا لم يكن بينة تثبت عليه ما ينكره لزمته اليمين والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك وان ابتاع رجل ثوبا وبه عيب من حرق أو عوار فزعم الذي باعه أنه لم يعلم بذلك وقد قطع الثوب الذي ابتاعه أو صبغه فالمبتاع بالخيار ان شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص الحرق أو العوار من ثمن الثوب ويمسك الثوب فعل وان شاء أن يغرم ما نقص التقطيع أو الصبغ من ثمن الثوب ويرده فعل وهو في ذلك بالخيار فان كان المبتاع قد صبغ الثوب صبغا يزيد في ثمنه فالمبتاع بالخيار ان شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص العيب من ثمن الثوب وان شاء أن يكون شريكا للذي باعه الثوب فعل وينظر كم ثمن الثوب وفيه الحرق أو العوار فان كان ثمنه عشرة دراهم وثمن ما زاد فيه الصبغ خمسة دراهم كانا شريكين في الثوب لكل واحد منهما بقدر حصته فعلى حساب هذا يكون ما زاد الصبغ في ثمن الثوب ﴾ ش وهذا على ما قال ان المبتاع اذا وجد بالثوب عيبا دلس به البائع بعد أن أحدث فيه المبتاع صبغا زاد في ثمنه فان المبتاع مخير بين أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب على ما تقدم في كتاب البيوع من حكم الرد بالعيب بعد تقويمه أو رده وتقويمه معيبا غير مصبوغ ثم يقومه تقويما ثانيا مصبوغا فيكون المبتاع شريكا بما زاد الصبغ في قيمته وهذا معنى ما في المدونة عن ابن القاسم ورواه داود بن سعيد بن زبيد عن مالك في المدنية وزاد فيها انه شريك بما زاد الصبغ والبائع شريك بثمن ثوبه معيبا يريد قيمته وحكى عن الشيخ أبي بكر انه قال يعتبر بقيمته يوم الحكم (فرق) قال في هذه المسئلة يكون شريكا بما زاد الصبغ في قيمة الثوب وقال فيمن اشترى ثوبا فصبغه واستحق من يده وأبى المستحق أن يعطيه قيمة صبغه وأبى هو أن يعطى المستحق قيمة ثوبه انه يكون شريكا بقيمة الصبغ قال الشيخ أبو محمد عبد الحق الفرق بينهما أن هذا بالخيار بين أن يمسك أو يرد فيشارك والمستحق من يده الثوب مجبور على المشاركة فلذلك اختلفا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندي ليس بالبين لان من بيده الثوب لا يجبر على المشاركة اذا رضى بدفع ثمن الثوب كالذي يجد العيب اذا رضى بامضاء البيع لم يجبر على المشاركة فلا فرق بينهما من هذا الوجه والأظهر عندي في الفرق بينهما انه انما ثبت له قيمته في الشركة ما كان لصاحبه أن يخرج عنه الآخر بدفع قيمته اليه

قال وان ابتاع رجل ثوبا وبه عيب من حرق أو عوار فزعم الذي باعه انه لم يعلم بذلك وقد قطع الثوب الذي ابتاعه أو صبغه فالمبتاع بالخيار ان شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص الحرق أو العوار من ثمن الثوب ويمسك الثوب فعل وان شاء أن يغرم ما نقص التقطيع أو الصبغ من ثمن الثوب ويرده فعل وهو في ذلك بالخيار فان كان المبتاع [illegible] الثوب صبغا يزيد في ثمنه فالمبتاع بالخيار ان شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص العيب من ثمن الثوب وان شاء أن يكون شريكا للذي باعه الثوب فعل وينظر كم الثوب وفيه الخرق أو العوار فان كان ثمنه عشرة دراهم وثمن ما زاد فيه الصبغ خمسة دراهم كانا شريكين في الثوب لكل واحد منهما بقدر حصته فعلى حساب هذا يكون ما زاد الصبغ في ثمن الثوب

فثبتت له تلك القيمة فى الشركة فاما كان فى مسئلة الاستحقاق لكل واحد منهما أن يدفع الى الآخر قيمة ماله و يخرجه تشاركا عند الاباية بقيمة الصبغ وقيمة الثوب ولما كان فى مسئلة الرد بالعيب ليس لصاحب الثوب أن يدفع الى المشترى قيمة صبغه و يخرجه عنه لم تثبت للصبغ قيمة بانفراده وانما تثبت له قيمته مع الثوب و يكون لصاحب الثوب قيمة ثوبه لان للمبتاع أن يدفع اليه عوضه و يخرجه عنه وذلك ان المشترى ليس له أن يرد الثوب بالعيب ناقصا عما اشتراه فلو شاركه بقيمة الصبغ وكان أكثر مما زاد على قيمة الثوب لكان قد رد اليه ثوبه ناقصا بالنقص الذى أحدث فيه بالصبغ ولم يرد اليه ذلك النقص فلذلك جبره بالصبغ وشارك بما زاد الصبغ على قيمة الثوب والله أعلم وأحكم

﴿ مالا يجوز من النحل ﴾

ص ﴿ يحيي عن مالك عن ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف وعن محمد بن النعمان بن بشير أنهما حدثاه عن النعمان بن بشير أنه قال ان أباه بشيرا أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه ﴾ ش قوله ان أباه بشيرا أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما النحل العطية ومعنى نحلت أعطيت و يحتمل من جهة اللفظ أن يكون أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستفتيه فى جواز ذلك و يحتمل أن يكون أتى به ليشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك وقد ورد هذا من رواية حصين بن عامر عن الشعبي عن النعمان بن بشير أعطانى أبى عطية فقالت عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى أعطيت ابنى من عمرة بنت رواحة عطية فأمرتنى أن أشهدك يارسول الله قال أعطيت سائر ولدك مثل هذا قال لا قال اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم قال فرجع فرد عطيته

(فصل) وقوله فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا استفهام عن صفة هذا النحل اذ كان منه ما يمنعه الشرع ومنه ما يبيحه فاستوصفه عن صفته ليعلم أمن المباح هذا أو من الممنوع ليبين له حكم القسمين أو ليأمره بارتجاع الممنوع أو امضاء المباح فلما قال له بشير لا و بين انه لم ينحل سائر بنيه على مثل ما نحل هذا وذلك أن يكون قد نحل سائر بنيه أقل مما نحل هذا أو لم ينحلهم شيأ أو نحل بعضهم دون بعض فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه يريد ابطال النحل وارتجاعه من ابنه المنحول الى ملك الناحل و يحتمل أن يكون انما جوز ذلك صلى الله عليه وسلم لما علم ان الهبة كانت هبة يجوز للواهب اعتصارها فلما كانت مكروهة غير شرعية وكانت على وجه يجوز ردها الا انها لم تفت بما تفوت به الهبات و يمنع الاعتصار لها أمره باستدراك ذلك بردها وكذلك كل ما تمنعه الشريعة يرد ما لم يفت والى هذا ذهب عيسى بن دينار من رواية ابن مزين عنه و يحتمل أيضا وجها آخر وهو أن يكون ما تصدق به بشير على ابنه كان جميع ماله وقد اختلف قول مالك فى ذلك فروى ابن شهاب فى العتبية والموازية عن مالك فى الحديث الذى جاء فى الذى نحل ابنه عبدا له فقال النبي صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال فارتجعه قال مالك ان ذلك فيما أرى لم يكن له مال غيره فقلت له فان لم يكن له مال غيره أ يرده قال ان ذلك ليقال وقد قضى به

﴿ مالا يجوز من النحل ﴾

* حدثنا يحيي عن مالك عن ابن شهاب عن حميد ابن عبد الرحمن بن عوف وعن محمد بن النعمان بن بشير انهما حدثاه عن النعمان بن بشير انه قال ان أباه بشيرا أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه

في المدنية وقال عنه ابن القاسم في العتبية من تصدق بماله كله على بعض ولده لا أراه جائزا . وقال سحنون في العتبية اذا تصدق بكل ماله ولم يكن فيما أبقى منه ما يكفيه ردت صدقته وان كان في ماله بقي ما يكفيه لم يرد وقال مالك في العتبية والموازية يجوز للرجل أن يتصدق بماله كله في صحته وقد فعله أبو بكر الصديق وقال ابن القاسم من تصدق بماله كله على بعض ولده أكرهه فان فعل وحيزت عليه لم ترد بعد وقال أصبغ وابن المواز لا يرد وجه القول الأول ظاهر الحديث وانه نحل بعض ولده فأمره برده وقد حمل يحيى بن يحيى ذلك على الكراهية فروى عنه ابن مزين انه قال انما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باسترجاعه كراهية لتفضيل بعض ولده على بعض فقال ارتجعه وأهل العلم يرون ذلك جائزا في القضاء لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفسخه وانما ندبه الى ذلك والى هذا ذهب القاضي أبو محمد انه يكره للانسان أن يعطي بعض ولده جميع ماله واحتج بحديث النعمان ابن بشير وجوز أن يعطيه بعض ماله واحتج بحديث أبي بكر اذ قال لابنته عائشة اني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا قال والفرق بينهما انه اذا وهب البعض لم يولد ذلك عداوة لانه قد بقي ما يعطي الباقين واذا أعطى الكل لم يبق ما يعطي الباقين فثبتت الأثرة وأدى ذلك الى العداوة والبغضاء قال فان وقع ذلك وهب أحدهما الكل نفذ وان كان مكروها خلافا لأحمد بن حنبل وقد تقدم الكلام في ذلك * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه اذا أعطى البعض على سبيل الايثار أنه مكروه وانما يجوز ذلك ويعرى من الكراهية اذا أعطى البعض لوجه ما من جهة يختص بها أحدهم أو غرامة تلزمه أو خير يظهر منه فيخص بذلك خيرهم على مثله والله أعلم فاذا قلنا بالرد فتأويل الحديث ظاهر وهو من جهة المعنى قال بعض البغداديين من أصحابنا ان الانسان ممنوع من ماله لحق نفسه كما هو ممنوع منه لحق غيره فمنع من اتلافه لحق الوارث والزوج فبان يمنع منه لحق نفسه أولى وان قلنا بامضاء ذلك فيحتمل أن يريد بالحديث رد عطيته الى العدل بين ولده بأن يعطيهم مثل ما أعطاه ويحتمل أن يريد به انه لم يكن انعقدت العطية بعد وانما أرادها فلما علم بما فيها رجع عن امضائها ورد العطية الى بقائها على ملكه ويحتمل أن يكون كان أعطاها ابنه على حكم الوصية فأمره بنقض ذلك لأنه لا وصية لوارث ويحتمل أن يكون كان أعطاها اياه على وجه المعاوضة مما كان يلزمه من النفقة عليه لمدة ما ولم يعط سائر ولده مثل ذلك لذلك الوجه ولا لغيره ايثارا له عليهم فلما أمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يعدل بينهم رد ذلك البيع ورأى في رده السداد لابنه والله أعلم أي ذلك كان ويحتمل أن تكون هذه الهبة لم تبق بيده ما ينفق على نفسه ولا على ولده ولعله بعد كانت عليه نفقات تعلقت بذمته فيمنع ذلك العدل بينهم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت ان أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب الي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقرا بعدي منك واني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحترتيه كان لك وانما هو اليوم مال وارث وانما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله تعالى قالت عائشة فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته انما هي أسماء فمن الاخرى فقال أبو بكر ذو بطن بنت خارجة أراها جارية ﴾ ش قولها ان أبا بكر كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة الحديث يقتضي انه خصها بالنحلة دون سائر اخوانها ورأى ذلك جائزا له وان كان النبي صلى الله عليه وسلم قد قال لبشير في ما وهبه لابنه النعمان أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال ارجعه فيحتمل أن يكون أبو بكر تأول

* مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت ان أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب الي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقرا بعدي منك واني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحترتيه كان لك وانما هو اليوم مال وارث وانما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله قالت عائشة فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته انما هي أسماء فمن الاخرى فقال أبو بكر ذو بطن بنت خارجة أراها جارية

في حديث النعمان بن بشير بعض الوجوه التي قدمناها في تفسيره وان نحلته لعائشة رضي الله عنها لم تكن على شيء من ذلك وانما كان لفضل عائشة على سائر اخوتها ولذلك قال لها ليس أحد أحب الي غنى بعدي منك وفي العتبية عن مالك في الرجل يكون له الولد فيبره بعضهم فيريد أن يعطيه عطية من ماله دون غيره لا بأس بذلك

(فصل) وقوله من ماله بالغابة الغابة موضع وذلك يقتضي صحة الهبة وان لم يقترن بها قبض وانما تنعقد الهبة والصدقة بقول الواهب قد وهبته لك وفي الصدقة قد تصدقت به عليك وقول الموهوب له أو المتصدق عليه قد قبلت وأن يؤخر القبض فيلزم و يجبر الواهب والمتصدق على التسليم خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما لا تنعقد الهبة الا بالقبض والدليل على ذلك قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ومن جهة السنة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ودليلنا من جهة المعنى انه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده الى القبض كالبيع

(فصل) وقولها فلما حضرته الوفاة قال يا بنية والله ما من الناس أحب الي غنى بعدي منك يريد انه لما مرض مرضه الذي توفي منه وأحس من أسباب الموت ما تيقن به الوفاة قال لها القول المتقدم على سبيل التأنيس لها والاعلام لها بانه لا يمنعه من امضاء هبته لها عدم اشفاقه عليها ومحبته لها وانما يمنعه من ذلك ما يذكره بعد هذا وقوله أحب غنى بعدي منك يحتمل أن يريد بقوله بعدي ممن يخلفه بعد الموت ويحتمل أن يريد في حياته ويكون معنى بعدي غيري

(فصل) وقوله جاد عشرين وسقا من تمر قال عيسى بن دينار معناه جداد عشرين وسقا من تمر نخله اذا جد وقال ثابت قوله جاد عشرين وسقا يعني ان ذلك يجد منها ويصرم قال الأصمعي يقال هذه أرض جاد مائة وسق يريد أن ذلك يجد منها فعلى تفسير عيسى قوله جاد عشرين وسقا صفة للثمرة الموهوبة فتقديره وهبها عشرين وسقا مجدودة وعلى تفسير ثابت قوله جاد عشرين وسقا صفة للنخل التي وهب ثمرتها فمعناه وهبها ثمرة نخل يجد منها عشرون وسقا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فلو كنت جددتيه واحتزتيه لكان لك يقتضي ان الحيازة والقبض شرط في تمام الهبة وأنها ما لم تحز ما وهبها في صحته لم تتم الهبة فان كانت هبة الثمرة على الكيل فان الحيازة لا تكون فيها الا بالكيل بعد الجد ولذلك قال لها لو كنت جددتيه وحزتيه وان كان وهبها ثمرة نخل معينة فالحيازة فيها على ما يأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وقد اختلف قول مالك فيمن تصدق بشيء في صحته ثم مرض فقام المعطى يطلبه قال ابن المواز فيه اختلاف فروى ابن القاسم عن مالك ان قبضه الآن لا يجوز وان كان غير وارث واحتج بان أبا بكر لم يعط ذلك عائشة لما مرض وقال أشهب يقضي له الآن بثلثها وان صح له بباقيها ولا أرى قول من قال تجوز كلها من الثلث ولا قول من أبطل جميعها وجه قول ابن القاسم أن المرض يمنع الحيازة لأنه من أسباب الموت منع الموت الحيازة لانه يؤدي الى ابطال حق الورثة فيتصدق الرجل بماله ويبقى بيده اذا توفي أخذ جميعه المتصدق عليه فمنع ذلك ما أوجبه الله من المواريث فوجب أن يبطل ولما كان المرض من أسباب الموت وجب أن يمنع الحيازة كما يمنعها الموت وفي ذلك بابان أحدهما ما يكون حيازة والثاني ما يمنع الحيازة فأما الحيازة فلا يخلو أن تكون الهبة حاضرة مع الموهوب له أو غائبة عنه فان كانت حاضرة فلا يخلو أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالارضين والاصول الثابتة أو يكون مما ينقل كالعروض والحيوان فان كانت مما لا ينقل ولا يحول كالارضين فانها على ضربين أحدهما أن يكون من الارض التي لا عمل فيها

والثانى أن تكون من أرض المزارعة والعمل فأما الضرب الاول فقد قال أصبغ فى كتاب ابن حبيب الاشهاد فيما لا يعمل فيه حيازة فكالدين والشئ المهمل ووجه ذلك انها عطية كمل فيها العقد اللازم وليست فى يد المعطى ولا فيما ينوب عن يده فلم تفتقر الى مباشرة القبض كالدين (مسئلة) وأما ان كانت من أرض الزراعة فلا يخلو أن تكون الهبة فى غير ابان العمل أو فى ابان العمل فان كانت فى غير ابان العمل أجزأ منها أن تكون محدودة وفى كتاب الهبة ويشهد بتسليمها اليه وأتم من ذلك أن يقف بالبينة على حدودها ويشهد مع ذلك على قبضها قال ذلك مطرف وأصبغ من رواية ابن حبيب وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على امرأته بمزرعة فى آخر أيام الحرث وأشهد على الحيازة ثم مات بعد ذلك بنحو شهر ولم تحدث المرأة فيها حدثا ولا غيره ان كان لها عذر بين مثل ان يفجأ موته قبل ان يمكنها عمل أو اجناء شجر أو احياء أو غرس أو اصلاح أو نحو ذلك فالصدقة ماضية ووجه ذلك انه لا يمكن فيها غير هذا من الحيازة فأشبهت مالا يعمر من الارض (فرع) وهذا انما يكون حيازة فى مثل هذه الارض اذا فاتت حيازتها المختصة بها بموت الوارث أو مرضه مرض الموت فأما ان بقى الواهب حتى يجئ وقت عملها فلم يعملها الموهوب له ولا تعرض لعملها حتى مات الواهب فان الهبة تبطل رواه ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك ان مالا ينقل ولا يحول فان الحيازة له بالعمل فيه اذا أمكن بالحيازة فى أرض العمل فيها فى ابانها فاذا جاء ابان عملها وترك الموهوب له العمل فيها فقد ترك حيازتها (فرع) فان تعرض الموهوب له للعمل فنعه الواهب لم يبطل ذلك الحيازة قاله أصبغ لان الذى أمكنه من الحيازة التعرض للعمل وقد وجد منه فاذا منع من العمل مانع بيد غالبة فهو على هبته الا أنه يجب أن يكون من الطلب والسعى فى التمكن من العمل على حالة يعلم بها أنه غير تارك للعمل (فرع) فان منعه من العمل ضعف فلا يخلو أن يكون ضعيفا عن البقر والآلة مع التمكن من أن يكرى أو يساقى أو يرفق غيره أو يكون يعجز عن وجوه العمل كلها فان كان لضعف فى الآلة مع التمكن من العمل بالكراء والاكتراء أو المساقاة أو الارفاق واحياء الشجر فالصدقة تبطل بالموت وأما ان عجز عن العمارة بكل وجه وتعرض لها بوجه من الوجوه المذكورة فلم يصل اليها فان الصدقة ماضية والاشهاد يجزى فى هذا الحوز ولو أقامت أعواما والموهوب له يعرضها على هذه الوجوه فلا يجد مع الاجتهاد فى ذلك فالحيازة بالاشهاد تامة روى معنى ذلك يحيى ابن يحيى عن ابن القاسم وقاله أصبغ وزاد مالم ينتفع بها المتصدق (مسئلة) ولو وهبه نخلا هبة مطلقة وفيها ثمر قد أبر فالثمرة للواهب كالبيع وحوز الموهوب له قبض النخل والسقى فى مال الواهب وكذلك لو استثنى ثمرتها عشر سنين ولو كانت بيد الواهب يسقيها العشر سنين فقد وهبها بعد عشر سنين فان مات قبل ذلك أو لحقه دين بطلت الهبة من كتاب ابن المواز ووجه ذلك ان القبض شرط فى تمام الهبة فان مات قبل القبض بطلت الهبة وان أسلم اليه النخل يعمرها المعطى وتكون الثمرة للمعطى صح القبض وكملت الهبة والله أعلم (مسئلة) ومن وهب مافى بطون غنمه أو أمته فحاز المعطى الأمهات حتى تضع فتلك حيازة تامة كالنخل يهبه الثمرة قبل بدو الصلاح فيحوز الرقاب قاله ابن القاسم وكذلك صوف الغنم ولبنها قال أصبغ وان حازها المعطى فذلك نافذ ولدت بعد موت المعطى أو قبل ذلك وليس للوارث بيعها فى دين الميت ولا ادخالها فى القسم حتى تضع وقاله أشهب فى الصوف واللبن والثمرة قال وأما الأجنة فلا تتم الحيازة فيها الا بعد الولادة لان العتق فيه لا يجوز قبل الولادة وقد تباع أمة قبل ذلك فى الدين المستحدث بخلاف الثمرة والزرع فان الثمر يرهن ولا يرهن

الجنين وجه قول ابن القاسم انه نماء حادث في العين ينفصل منه فكملت العطية فيه بقبض الأصل كالصوف والثمرة ووجه قول أشهب ما احتج به ومعناه ان العتق أقوى من الهبة لانه مبني على السراية فاذا لم يتعجل العتق في الجنين قبل الولادة فبأن لا تتعجل فيه الهبة أولى وأحرى وفي المدونة عن ابن القاسم في الذي يهب الرجل ما تلد جاريته عشرين سنة ان ذلك جائز اذا قبض الجارية أو وضعت له على يد حائز له كالنخل يهب ثمرتها (مسئلة) وأما هبة ثمر النخل فتجوز قبل الابار وبعده ومعنى ذلك ان هبة الثمرة تجوز على كل حال من أحوال الثمرة بعد وجودها وقبله وكذلك الحيازة اذا أسلم الرقبة وفي المدونة عن مالك في الذي يهب ثمرة نخله عشرين سنة ان ذلك جائز ان حاز الموهوب له النخل أو جعلت على يد من يحوزها له وقد قال مالك في المدونة يجوز أن يهب الرجل ثمر نخله عشرين سنة اذا حاز الموهوب له النخل أو حيزت له ووجه ذلك أن قبض النخل أكثر ما يمكن من حيازتها وليس للواهب أن يمتنع من تسليمها (فرع) فان كانت العطية على وجه العرية لا يحاول المعرى عملها ولا الانفراد بها فقد روى ابن حبيب في العرية لا يصح حيازتها الا باجتماع أمرين أن يطلع فيها ثمره ويقبضها المعرى فان عدم أحد الأمرين قبل موت المعرى بطل الاعراء وقال أشهب تجوز الحيازة بوجود أحد أمرين الابار أو تسليم العطية ومعنى ذلك ان المعرى انما أعطى الثمر على هذا الوجه عطاء مؤجلا لا يقتضي اخراج الأصل عن يده ولا قبض الثمرة الا بعد بدو الصلاح ولذلك كان العمل على المعرى ولا يجبر على تسليم الرقاب لتصح الحيازة لان عطيته لم تكن على هذا الوجه فان سلمها على قول ابن حبيب الى المعرى صحت الحيازة بعد أن تظهر الثمرة لانها لم تتضمن عطية قبل وجودها فاذا وجدت وتبرع بالتسليم صحت الحيازة وكملت العطية ويجوز على قول أشهب الابار لانه به تظهر الثمرة ودخوله وخروجه عندي حيازة فالخلاف بين أشهب وابن حبيب في فصلين أحدهما ان عدم التأبير عند أشهب يمنع الحيازة وعند ابن حبيب لا يمنع ذلك الحيازة مع ظهور الطلع لأنه عند نفس الثمرة وانما هذه حالة من أحوالها والوجه الثاني ان ابن حبيب يراعي مع كون الثمرة على صفة يصح حيازتها أن يوجد قبضها القبض الأصل ولم يشترط ذلك أشهب غير انه قد احتج لصحة ذلك بأن قال ان دخول المعطى وخروجه حيازة فرجع الأمر الى أن هنالك نوعا من القبض به تكون الحيازة وظاهر قول ابن حبيب أيضا انها تقتضي حيازة فيحتمل أن يجتزئ في ذلك بما ذكره أشهب من الحيازة ويحتمل أن لا ينفذ ذلك للمعرى الا بقبض الثمرة مع الأصل في حيازة المعرى والله أعلم (مسئلة) وان كانت الهبة من الدور فلا تخلو الدار أن يكون الواهب يسكنها أو لا يسكنها فان كانت مما يسكنها فلا تصح فيها حيازة الا باخلاء الواهب لها اذا لم يكن فيها فضل عن سكناه قال مالك في العتبية وان كانت الدار ذات منازل يسكن في بعضها حيزت كلها قال وذلك ان عبد الله بن عمر وزيدا صاحبي النبي صلى الله عليه وسلم حبسا دارين لهما فسكنا فيها حتى ماتا ولم يكن ذلك جلهما فحاز ما سكنا وما لم يسكنا قال ابن القاسم ولو كانت دورا فسكن واحدة منها ليست جلها وهي تبع حاز منها ما سكن وما لم يسكن سواء كان المحبس عليه صغيرا في حجره أو كبيرا حائزا لنفسه (مسئلة) ولو بقي فيها باكتراء أو ارفاق أو اعمار أو أي وجه كان فان عيسى روى عن ابن القاسم في العتبية ذلك يمنع صحة الحيازة لانه لا يصح فيها قبض ولا حيازة مع سكنى الواهب لها الا أن تكون الواهبة زوجة الموهوب له فيتمادى على السكنى معها فيها روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية فان ذلك لا يمنع صحة الحيازة ولو كان الزوج الواهب للزوجة فيتمادى على السكنى معها فيها لمنع ذلك صحة الحيازة لان سكناها على الزوج

دون الزوجة فسكنى الزوجة مع بقاء الزوج ليس بيدها وانما اليد للزوج فى المسكن فلذلك صح أن يحوزها الزوج مع بقاء الزوجة فيها ولم يصح أن تحوزها الزوجة مع بقاء الزوج فيها ومثل هذا أن يخاف الواهب فيختفى عند الموهوب له فى تلك الدار أو يضيفه الموهوب له فيمرض فيها ويموت فان ذلك لا يبطل الحيازة قاله ابن المواز زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وان كان ذلك بعد حيازة المعطى بيوم لان هذا ليس بسكنى فى الحقيقة (مسئلة) فان رجع اليها على وجه السكنى باكتراء أو ارفاق فان كان رجع اليها بعد المدة القريبة مما يرى انه قصد الى أن لا يخرجه منها فاتفق أصحابنا على ابطال الصدقة وأما بعد طول المدة فالذى روى ابن المواز عن مالك وأصحابه انه اذا أسكنها بعد ان حازها المعطى السنة فأكثر فان ذلك لا يبطل الهبة وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه اذا رجع اليها المعطى باكتراء أو اسكان بعد حيازة المعطى المدة الطويلة ومات فيها فان الصدقة تبطل وجه القول الأول ان المعطى اذا كان مالك أمره وحاز لنفسه حيازة بينة تبعد فيها التهمة فقد صحت الهبة وكملت فلا يضرها ما حدث بعد ذلك من سكنى المعطى ووجه قول ابن الماجشون ان رجوع الواهب فيما وهب مما كان عليه من السكنى وموته فيها على ذلك يبطل الحيازة أصل ذلك اذا كان الموهوب له صغيرا وأما ان كان الابن صغيرا فحاز عليه الأب أو غيره ثم رجع الأب اليها قبل أن يكبر واو يحوزون لأنفسهم سنة فهى باطلة قال ابن المواز لا يختلف فى ذلك قول مالك وأصحابه ووجه ذلك ان الكبير الحائز لنفسه يقدر على منع الأب الواهب من ذلك فلا يعد رجوعه اليها رجوعا فى هبته والصغير لا يقدر على ذلك وليست حيازة الأب حيازة تامة لانه قد يطرأ الفساد فلذلك تبطل الهبة برجوع الأب اليها (مسئلة) فاما ان كان لا يسكنها الواهب فحكمها حكم الأرضين غير انها تختص بالغلق والقفل عليها فان فعل ذلك الحائز فيها فهو تمام الحيازة لها وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على رجل بدار فدفع مفتاحها اليه وبرئ منها ان تلك حيازة وان لم يسكنها المعطى ولا أسكنها وان لم يفعل ذلك فقد أجمع أصحابنا على أن حيازة الأب الواهب ابنه الصغير فيها بالاشهاد خاصة وذلك عندى بما يتعلق بها من السكنى بالاكتراء أو الانتفاع الدائم بها ولو كانت مهملة غير مغلقة ولا ينتفع بها فى كراء ولا غيره لرأيت ان حكمها حكم الأرض التى لم تزرع فى ابان زراعتها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الحيوان وكل ما ينقل ويحول فان الحيازة فيه بان يقبضه المعطى ويخرجه عن يد المعطى وانتفاعه به فان كان ثوبا منع المعطى من لبسه وانفرد المعطى بلبسه وامساكه وان كان من المتاع الذى يستعمل والرقيق الذى يستخدم فقبضه أن يمنع المعطى من استعماله على وجه ينفرد به ولو وهب أحد الزوجين الآخر خادما أو متاعا من متاع البيت فقد روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية والموازية فيمن تصدق على امرأته بخادم وهى معه فى البيت تخدمهما بحال ما كانت فذلك جائز وقال ابن المواز عن ابن عبد الحكم وابن القاسم عن مالك وكذلك متاع البيت وبه أقول وقال أشهب فى الكتابين اذا أشهد لها بهذه الخادم فتكون عندها كما كانت فى خدمتها فهذا الى الضعف وما هو بالبين وكذلك لو وهبته هى خادمها ومتاعا فى البيت فأقام ذلك على حاله بأيديهما فهو ضعيف وجه رواية ابن القاسم ان المعطى يصح منه القبض للخادم والمتاع والحيازة لما كان له حظ من اليد فى ذلك المكان وتصرفه فيها لا يلزم المعطى بخلاف الدار إن سكنت الزوجة فيها على الوجه الذى يلزم الزوج اسكانها عليه ووجه رواية أشهب ان الهبة على الصورة التى كانت عليها قبل العطية فلا يصح فيها حيازة الا بتغيرها عما كانت عليه بالنقل الى ما ينفرد به المعطى

وخروجها عن يد المعطى (فرع) وهذا فيما يستعمل غالبا على الوجه من الاستخدام والاستعمال وأما ما يستعمل منفردا كالعبد يخارج ففي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك في امرأة نحلت ابنا لها صغيرا عبدها وله مال فلم يحزه الأب ولا الولد حتى ماتت الأم ان ذلك يختلف فأما الغلام الذي هو للخراج فان ذلك ليس بحوز للصبي وأما الغلام الذي انما هو للخدمة فيخدمه ويختلف معه ويقوم في حوائجه فانه حوز وكذلك لو غل أبوه الغلام وهو مع أبيه لكان اختلافه معه وخدمته له حوزا قال مالك في العتبية وان خدم الأب مع الغلام الى ان مات الأب فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على أم ولده بخادم وابنه مما يكون معها في البيت فالاشهاد في كل ذلك حوز وأما العبد يخارج والدار تسكن والشجر وما هو بائن عنهما فلابد أن يحوزه فيأخذ الخراج من العبد ويخرج السيد من الدار ويجني الشجر ونحو هذا وأما العروض فبالقبض واللباس والعارية ونحو هذا حوزها والافلاشئ لها وقال أصبغ الاشهاد حوز وان كان ذلك في يدها وان لم تعرف اللباس ولا العارية (فرع) وأما ما وهب لابنه الصغير ففي العتبية عن أصبغ ان تصدق عليه ببقر وغنم وعبيد فاحتلب الغنم واعتمل البقر واستخدم العبيد أمرا خفيفا أو أمرا ممزوجا مرة للضيف ومرة للابن ومرة لهما فذلك جائز ويكون حيازة وصدقة تامة

(فصل) وهذا اذا كانت الهبة حاضرة بيده والمعطى حاضرا فان كان المعطى والمعطى غائبين أو أحدهما غائبا فلا يخلو أن تكون الهبة بيد المعطى أو في يد غيره فان كانت في يده وكان المعطى والمعطى غائبين عن الهبة ففي العتبية من سماع ابن القاسم فيمن تصدق على ابنه الحاضر بدار ببلدة أخرى فلم يقبضها حتى مات الابن ان كان صغيرا فذلك جائز له وان كان كبيرا فذلك باطل وان لم يفرط في الخروج وكذلك الأجنبي رواه ابن المواز عن مالك وقال أشهب ان أشهد ولم يفرط في القبض ولعله تهيأ للخروج أو وكل فلم يخرج حتى مات الأب فهي جائزة وان فرط فذلك باطل ورواه أيضا ابن القاسم عن مالك وجه القول الاول أن للمعطى قبل القبض أن يبطل الهبة كالحاضر ووجه القول الثاني ان الهبة قد وجد طرفاها من الايجاب والقبول ولم يوجد تفريطهما في قبضها يبطل حكمها فوجب أن تصح كالو أنفذها المعطى الى المعطى (فرع) فاذا قلنا انها تصح مع الاجتهاد وتبطل بالتفريط فجهل الأمر فقد قال ابن الماجشون وابن كنانة انها على التفريط حتى يثبت الاجتهاد ووجه ذلك أن عدم القبض يقتضي ابطال العطية وصورة المسئلة صورة ترك القبض فلا يعدل به عن ذلك الا أن يتبين الاجتهاد الذي يخرجه عن مقتضاه وظاهره الى ما يقوم مقام القبض (مسئلة) وان كان المعطى غائبا فقد روى في العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فيمن تصدق على ابنه الكبير الغائب بعبد أو دار فمات الأب قبل الحيازة فذلك باطل وكذلك لو كان قريب الغيبة فمات الأب قبل القبض ونحوه وروى عيسى عن ابن القاسم وروى أشهب عن مالك في العتبية والموازية فيمن تصدق في سفره على امرأته أو ابنته وليستا معه بعد فمات السيد قبل أن يقدم والعبد يخدمه انه ان أشهد على الانفاذ من يعرف المرأة أو الابنة فذلك نافذ وان أشهد هكذا من لا يعرفهما فلا أدري ما هذا وجه القول الاول ما قدمناه من ان موت الواهب قبل القبض مبطل الهبة أصل ذلك الحاضر ويقوى ذلك عدم القبول ووجه الرواية الثانية ان الاشهاد بانفاذها أكثر ما يمكن أن يأتي به من حيازة الهبة (فرع) ومثل ذلك ما يشتريه الرجل في الحج من الهدايا ويحمله معه أو يبعث له من صلة أو هدية الى غائب فيموت المعطى أو المعطى قبل وصول ذلك فانه ان أشهد بذلك فهي للمعطى

وان لم يشهد بذلك ففي المدونة من مات منهما رجعت الى ورثة المعطى وفى كتاب ابن حبيب من مات منهما رجعت الى ورثة الميت فعنى مافى كتاب ابن حبيب أنه ان مات المعطى بطلت الهدية فرجعت الى ورثته وان مات المعطى صحت الهدية فكانت لورثته ومافى المدونة فقد قال أشهب فى كتاب ابن المواز مثله مفسرا ان من مات منهما فلاحق فيها للمعطى ومعنى ذلك ان عدم القبول يفسد الهدية وان كان المهدى حيا (فرع) فاذا قلنا ان الاشهاد يقوم مقام الحيازة فقد قال أشهب عن مالك لا يكفى فى ذلك أن يذكر ذلك للعدول حين الشراء أوغيرهم حتى يشهدهم والذى يجزىء من الاشهاد قال محمد ذلك انه اذا قال اشهدوا على فهذا اشهاد تام وقال ابن عبد الحكم عن ابن القاسم انه ان قال لرسولين ادفعا ذلك الى فلان فانى وهبته ذلك فهى شهادة وان لم يذكر فانى وهبته فليس بشئ وروى ابن القاسم وأشهب عن مالك ان ذلك لايتم وان شهدا بذلك حتى يكون قد أشهدهما على ذلك اشهادا أو يصل ذلك الى المعطى فى حياة المعطى وجه القول الاول انه اذا سمعا منه مايقتضى تبتيلها فان ذلك يقوم مقام الاشهاد بها فى الاتيان بأكثر مما يمكن من تبتيلها فقوله انى قد وهبته اياها مع أمر الحاملين بايصالها الى المعطى يقوم مقام الاشهاد بها ووجه القول الثانى أنه لايجزى الا القصد الى الاشهاد به الا ان ذلك أكثر مايمكن أن يفعل فى أمرها فأما اذا أخبر بذلك العدول حين الشراء أو بعد ذلك ولم يقصد الاشهاد فان وصلت اليه فى حياة المعطى فهى له وأما بعد موته فانه لا يكون ذلك حيازة لانه لم يوجد القصد الى ذلك من المعطى ولاقبضت فى حياته (مسئلة) وان كانت الهبة بغير يد المعطى فحيازة المعطى بالطلب لها أقوى وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن تصدق بعبده الآبق على رجل فطلبه المعطى واجتهد فلم يجده الابعد موت المعطى قال هو نافذ له لانه لم يكن ذلك بيد المعطى فالاشهاد فيه وطلب المعطى له حوز كالدين (مسئلة) ومن كان له عند رجل وديعة فقال اشهدوا أنى قد تصدقت بها على فلان ولم يأمره بقبضها ثم مات المتصدق قبل القبض فان علم الذى هو عنده فتلك حيازة وان لم يعلم بطلت الصدقة لأنه اذا علم صار حائزا للمعطى فلو دفعها بعد ذلك الى المعطى ضمنها رواه سحنون عن ابن القاسم فى العتبية وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن تصدق على رجل بمائة دينار وكتب الى وكيله يدفعها اليه فاعطاه الوكيل خمسين ومات المعطى قبل أن يقبض الخمسين الباقية لاشئ له غير ماقبض لان وكيله بمنزلته رواه ابن حبيب عن مطرف وأصبغ والفرق بين الوكيل والمودع ان الوكيل مأمور بالدفع فهو فيه نائب عن المعطى والمودع ليس بمأمور بذلك وانما هو مأمور بحفظ الوديعة فاذا علم أنها قد صارت للمعطى صار حافظا لها وصارت يده يده قال ابن المواز فى الوديعة اذا جمع بينهما وأشهد صحت قال وكذلك لو قال له المعطى دعها بيدك ومعنى ذلك كله أن تعود يد المودع للمعطى فيكون قابضا له وحافظا لما أعطى بأمره فتصح بذلك الحيازة (مسئلة) ومن أعطى رجلا غلة كرمه سنين أوأسكنه داره ثم تصدق بالرقبة على ابنه الصغير قال سحنون فى العتبية ذلك جائز والصدقة للابن وان لم يشهد بأنه جعل للساكن الحيازة لابنه ولو أشهد بذلك لكان حسنا قال وأحب الى أن لو كان ذلك فى فور واحد لان أصحابنا اختلفوا فيها وهو جائز وان لم يكن فى فور واحد وبهذا قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ من رواية ابن حبيب عنهم وروى عن ابن الماجشون انه ان كان ذلك فى فور واحد فهو حيازة لمن أعطى الرقبة وان كان أسكن ثم أعطى الرقبة فان رجعت الرقبة والمعطى حى فهى للمعطى وان مات المعطى أو أفلس أو مرض قبل أن يرجع الرقبة فلاشئ للمعطى قال وكذلك من أخدم رجلا عبدا ثم

بتل رقبته للآخر وجه القول الاول ان يد الساكن ليست بيد المعطى فجاز أن يجوز للمعطى كما لو كان الاسكان والعطية في فور واحد ووجه القول الثاني ان الساكن لما انفردت عطيته وتقدمت وحاز لنفسه لم يكن حائزا لغيره كالمعطى (مسئلة) ومن وهب ما عند المعطى بعارية أو وديعة أو اجارة فقول المعطى قبلت حيازة وان كانت الهبة بغير ذلك البلد وأما اذا كان ذلك ببلد غير المعطى بأحد هذه الوجوه فقد قال أشهب في كتاب ابن المواز ذلك نافذ اذا أشهد وقال ابن القاسم انما ذلك اذا كانت بيد رجل يحسن يريد حيازته أو عارية فيجوز للمعطى وان مات المعطى وأما في الاجارة والرهن فلا يكون حوزا الا أن يشترط أن الاجارة له مع الرقبة فيجوز ذلك قال محمد وقول ابن القاسم أصوب ووجه القول الاول ان المستأجر قابض لنفسه فلا يمنع ذلك صحة الحيازة للمعطى كالمعار ووجه القول الثاني ان المعطى يأخذ عوض المنافع في الاجارة فصارت يد المستأجر يده وذلك يمنع صحة الحيازة (مسئلة) ولو وهبه ما بيد غاصبه لم تكن حيازة الغاصب له حيازة رواه محمد عن ابن القاسم ورواه ابن حبيب عن أصبغ وقال أشهب ذلك قبض وحيازة للمعطى قال محمد وهو أحسن لان الغاصب ضامن فهو كدين عليه يجوز بالاشهاد وجه قول ابن القاسم ان يد الغاصب يد مانعة للمعطى فلم تصح بها الحيازة كيد المعطى ووجه قول أشهب ما احتج به ومعناه انها ليست بيد للمعطى واذا استوت يد المعطى والمعطى صحت حيازة المعطى كالارض المبورة والدين (مسئلة) ولو وهبته دينا لك على غريم لك غائب فدفعت اليه ذلك الحق وان لم يكن له ذكر حق فأشهدت وقبل المعطى جاز لان الدين هكذا يقبض لانه ليس بشيء معين قاله ابن القاسم ورواه ابن وهب عن مالك وقال أشهب لان الغريم لو حضر لم يكن الحوز عليه بأكثر من هذا ولو قال لا أرضى لم يكن له ذلك (مسئلة) ولو وهب المستودع ما عنده فلم يقل قبلت حتى مات الواهب قال ابن القاسم القياس أن تبطل وقال أشهب بل هي حيازة جائزة الا أن يقول لا أقبل قال محمد وهو أحب الي وذلك ان العطية بيد المعطى فتأخر القبول لا يمنع صحتها قال وذلك بمنزلة من وهبته هبة فلم يقل قبلت وقبضها لينظر رأيه فمات المعطى فهي ماضية ان رضيها وله ردها بمنزلة من بعث بهبة الى رجل فاشهد فلم يصل اليه حتى مات المعطى فله أن يقبلها فتكون من رأس المال فله ردها ووجه ما قاله ابن القاسم ان الهبة يمنع صحتها عدم القبض فبأن يمنع صحتها عدم القبول أولى وأحرى

(فصل) ومعنى القبض أن يقبض المعطى العطية وتصير في يده وان كان ذلك بغير علم المعطى ولا اذنه فات المعطى قبل أن يعلم ويرضى فذلك حوز عند ابن المواز قال لانه لو منعه قضى عليه بذلك ووجه ذلك ان القبض حوز للمعطى ليس للمعطى منعه منه فصح بغير اذنه كما لو امتنع من ذلك فقضى به عليه (فرع) ولو مات المعطى وعليه دين فقام غريمه فحازه والمعطى غائب فبقيت بيده حتى مات المعطى فتلك حيازة تامة حازها بسلطان أو بغيره رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ (مسئلة) وهل تصح الحيازة بغير أمر المعطى روى ابن حبيب عن مطرف فيمن تصدق على ابنته وهي ذات زوج بمسكن فخزن فيه الزوج طعاما حتى مات الاب ان ذلك حيازة لابنته مع أن الاب انما سلم ذلك اليه ليحوز لابنته قال أصبغ لا يكون ذلك حيازة لها الا أن توكله ورواه ابن القاسم وجه القول الاول ما قدمناه أن الهبة لم تبق بيد الواهب بل هي على حالة يتساوى فيها المعطى والمعطى فلم يمنع صحة الحيازة كالدين ووجه قول أصبغ انها هبة لم يقبضها المعطى ولا من ينوب عنه فلم تتم حيازتها كما لو كانت بيد المعطى وهذا الأصل قد أوجب الاختلاف بين أصحابنا في عدة مسائل والله

أعلم (مسئلة) ومن تصدق بدار ثم أنكر ذلك فخاصمه المعطى وأثبت ببينة فحكم له بها فلم يقبضها حتى مات المعطى فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ليس الحكم بحوز كما لو أخذ المعطى ومات قبل أن يقبضها المعطى وقال أصبغ ومطرف هو حوز كما لو أقام البائع بطلب سلعته فى التفليس وتقوم بينة فيموت المفلس قبل الحكم انه يقضى له بها وجه القول الأول ما احتج به ابن حبيب من أن المفلس لا يقبل اقراره لخصمه وأما بينة المعطى فانها بينت اقرار المعطى ووجه قول مطرف ان منع المعطى العطية مع طلب المعطى لها ليس بأثبت من انفاذه لها فيموت قبل أن تصل الى المعطى وذلك لا يمنع الحيازة فمنعه اياها عذر يصح معه الحيازة وقد وجد من المعطى القبول والطالب الذى يقوم مقام القبض والذى بعث اليه بالهدية لم يوجد منه قبول ولا طلب وقد قضى بحيازته لعذر المسافة ففى مسئلتنا أولى وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم اذا وقف الامام العطية حتى ينظر فى حجتها فانه يقضى له بها كما لو قام فى الفلس فى سلعته فلم يقض له بها حتى مات المفلس فقد قال مالك البائع أحق بها وقال أشهب أما اذ خال القاضى بين الواهب وبينها حتى لا يجوز حكمه فيها فيقضى بما ثبت عنده فيها كما كان يقضى فى حياته وأما ان لم يكن الواهب منع منها المعطى فلم يطلبها فهى باطل (مسئلة) ولو باع المعطى الهبة فلم يقبضها المشترى حتى مات المعطى قال مطرف وابن الماجشون البيع حيازة رواه ابن وهب عن مالك وقال أصبغ ليس البيع بحيازة ولا غير ذلك الا العتق وحده وجه قول الجمهور ان البيع اخراج عن الملك فأغنى عن الحيازة كالعتق ووجه قول أصبغ ان العتق مبنى على التغليب والسراية ويؤثر فى غير ملكه وذلك اذا أعتق حصة من عبد فانه يعتق عليه سائره وليس كذلك البيع فانه لا يسرى الى غير ملكه فلم يغن عن الحيازة (مسئلة) ولو وهبه المعطى ثم مات المعطى فقد روى ابن وهب عن مالك ان الهبة حوز وبه قال مطرف وقال ابن القاسم وابن الماجشون ان الهبة لا تكون حيازة لانها محتاجة الى حيازة وجه القول الأول أن خروج العطية عن الملك حيازة كالبيع ووجه القول الثانى أنها لا تستغنى عن الحيازة فى نفسها فلم يغن عنها غيرها من الهبات (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فقد قال أشهب اذا وهبه المعطى لآخر فمات المعطى قبل أن يحوزه فهو له اذا وجده بعد موت السيد أو الواهب الأول واذا قلنا بقول ابن القاسم فلم يقبضه الآخر حتى مات الواهب الأول فلا شئ له

(باب فيما يمنع الحيازة ويبطل العطية)

وهو أن يموت الواهب قبل أن يوجد ما ذكرناه من الحيازة أو يفلس أو يمرض مرض موته فاذا مرض توقف عن انفاذ الهبة فان مات من مرضه قضى له بابطالها وان صح كان حكمه حكم من لم يمرض فى صحة عطيته وابطالها ولذلك قال أبو بكر رضى الله عنه وقد بلغ من مرضه مبلغا تيقن الموت منه فلو كنت جددتيه واحترتيه كان ذلك وانما هو اليوم مال وارث (فرع) اذا ثبت ذلك فهذا حكم الهبة للواحد يبطل جميعها أو يصح جميعها فمن تصدق على ولده الصغير وولده الكبير أو أجنبى فلم يقبض الأجنبى حتى مات الواهب فقد روى ابن القاسم عن مالك تبطل حصة الصغار وحصة الكبار قال ابن القاسم لا يعرف انفاذ الحبس للصغار الا بحيازة الكبار وروى ابن نافع وعلى بن زياد عن مالك نصيب الصغير جائز ويبطل نصيب الكبير بخلاف الحبس فانه يبطل الجميع وجه رواية ابن القاسم ان الخلاف فى هذه المسئلة مبنى على الخلاف فى هبة الجزء المشاع ويحتمل أيضا أن يكون معنى ذلك أن هذه عطية فاذا بطل بعضها لعدم الحيازة بطل جميعها كالحبس ووجه

الرواية الثانية في الفرق بين الصدقة والهبة والحبس ان الصدقة لجماعة مقتضاها القسمة فجاز أن يبطل بعضها ويصح بعضها والحبس ينافي القسمة لان الرقبة باقية على ملك المحبس وانما تقسم الغلة فاذا ابطل بعض الحبس لعدم الحيازة بطل جميعه (مسئلة) وأما ذهاب العقل ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في امرأة تصدقت بعبد أو بدنانير في صحتها فلم يحزعنها حتى ذهب عقلها انها باطلة كالموت والتفليس ولعله يريد بذلك أن تكون موقوفة فان برئت من ذلك فهي على صدقتها وان اتصل ذلك بموتها بطلت الصدقة بموتها وقد روي هذا اللفظ وانما يريدون به معنى الحيازة وكذلك روى عنه أصبغ في العتبية انه اذا مرض المتصدق قبل الحوز فقد بطلت وانما يريد بذلك أن يتصل مرضه بالموت ولو صح من مرضه لكان على صدقته (مسئلة) وأما المفلس فاذا حجر عليه قبل حيازة العطية بطلت قال أصبغ في العتبية ان كانت قيمة العبد أكثر من الدين ان بيع جميعه وان بيع منه بقدر الدين قصر بعضه عن مبلغ الدين للتبعيض بياع جميعه فيقضى منه الدين و يعطى ما بقي للمتصدق ولا شئ فيه للمتصدق عليه لان الغرماء لما استحقوه من يده فبيع لهم في دينهم بطلت الصدقة كما لو استحقه مستحق (مسئلة) وهذا حكم عدم الحيازة فأما اذا حاز العبد وقد كان تداين دينا يحيط بماله قبل العطية فان ذلك يمنع العطية قبضت أو لم تقبض لانه ليس له أن يعطي مال غيره وأما ان ادان بعد العطية وقبل الحيازة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون الدين أولى وتبطل الصدقة والهبة قال أصبغ الصدقة أولى من الدين المستحدث بعدها وان لم يقبض وانما يراعى في ذلك يوم الصدقة لا يوم الحيازة وانما يراعي في ذلك مطرف وابن الماجشون يوم الحيازة لا يوم العطية (فرع) فاذا قلنا بمراعاة الصدقة فقد قال أصبغ اذا تقدم له الدين وقد كان له وفاء يوم الصدقة أو لم يدر الدين قبل الصدقة أو بعدها فالصدقة المقبوضة أولى وان كان الأب حازها لولده الصغار حتى يعرف خلاف ذلك بمنزلة ما لو استغل ما تصدق به عليهم ولم يدر استغل لنفسه أو لهم فان الصدقة ماضية حتى يعلم انه انما كان يستغلها لنفسه دونهم وقال ابن القاسم من رواية أبي زيد عنه في الصدقة المقبوضة عنه لا يدري الدين قبلها أو بعدها الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين كان قبل الصدقة ولو كان الأب حاز لابنه الصغير لكان الدين أولى حتى يعلم أن الصدقة قبله ونحوه لابن القاسم في المدونة (مسئلة) ومن تصدق بشئ أو وهبه فلم يحزعنه حتى باعه فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب ان البيع أولى وتبطل الصدقة قال ابن المواز اضطرب فيها قول ابن القاسم فروى عنه أبو زيد يرد البيع ويأخذ المعطى صدقته وكذلك الهبة وفي المدونة لابن القاسم عن مالك اذا علم المتصدق عليه بالصدقة فلم يقبضها حتى باعها المتصدق نفذ البيع والثمن للمتصدق عليه وان لم يعلم المتصدق عليه بالصدقة فالبيع مردود ما دام المتصدق حيا فان مات المتصدق قبل أن يعلم فلا شئ له والبيع ماض وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن البيع أقوى لأن عقده حيازة يضمن به المبيع وان لم يقبض ووجه القول الثاني ان كلا العقدين يقتضي التمليك فكان أسبقهما أولى كالبيعتين (فرع) فان قلنا ان البيع يبطل فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم انما ذلك اذا كان العطاء لمعين يقضى له به فان كان لغير معين مثل أن يجعل داره في سبيل الله ثم يبيعها لم أفسخ البيع لانه لا يقضى عليه بها وان قلنا ان البيع ينفذ فقد قال أشهب تبطل الصدقة ولا شئ للمعطى من الثمن وقال ابن عبد الحكم الثمن للبائع لا شك فيه وروى ابن حبيب عن مطرف ان كان المعطى حاضرا فلم يقم حين علم بالبيع فلا سبيل له الى رده وله الثمن على المعطى فان مات المعطى

قبل أن يأخذ منه الثمن فلاشئ عليه فأما القول الاول فبنى على مانص عليه أشهب من ان الصدقة تبطل وأن البيع الحادث قدمنع من الحيازة وأما القول الثانى فبنى على ان الصدقة صحيحة فان قام المعطى على اثر ذلك ولم يقر بابطال البيع لكون العطية ملكاله وان ترك ذلك كان كمن بيع ملكه وهو عالم فلم ينكر فله الثمن الا أنه لما كان أصله الهبة والعطية ولم يتقدم فيه حيازة فان قبضه قبل فوات الحيازة بموت المعطى كملت العطية والابطلت ولذلك قال مطرف انه لو كان المعطى غائبا فقدم فى حياة المعطى كان مخيرا بين رد البيع أو أخذ الثمن وقد روى ابن حبيب والعتبى مثل ذلك عن ابن القاسم (مسئلة) ولو أعطاها الواهب لرجل آخر قبل ان يقبضها الاول فان حازها الثانى فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم الاول أولى وتنزع من الثانى قال ابن المواز ليس هذا بشئ والحائز أولى وهو قول المغيرة فى المدونة وجه القول الاول أن المالك الاول أحق به ووجه القول الثانى ان الهبة الثانية لما قويت بالحيازة صارت كالبيع فى قدم البيع على الهبة لزمه مثل ذلك فى الهبة الثانية اذا قارنتها الحيازة واذا قلنا بقول ابن القاسم فقد قال أصبغ فى العتبية ان كان المتصدق عليه علم بالصدقة فلاشئ له وان كان لم يعلم أو علم ولم يفرط وندم المتصدق ففاجأه بان تصدق بها على غيره فالاول أحق بها ان أدركها قائمة وان فاتت كان له قيمتها على المتصدق بها وان فاتت (مسئلة) وان كانت الهبة عبدا أو أمة فأعتقه الواهب قبل القبض أو استولد الأمة فقد قال ابن القاسم ينفذ العتق والاستيلاد ولاشئ للمتصدق عليه وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب يرد العتق واذا حملت منه الامة فعليه القيمة وجه القول الاول ما بنى عليه العتق من التغليب والسراية ووجه قول ابن وهب ان الهبة تقتضى التمليك فلا يصح فيها عتق المملك كالبيع وعليه فى الامة القيمة لشبهة عدم القبض (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم وكاتب الواهب العبد أو دبره أو أعتقه الى أجل فقد قال أصبغ لا يرد شئ من ذلك ولاشئ للمعطى فى خدمة المدبر ولا كتابة المكاتب ولا رقبته وان عجز قال أصبغ عن ابن القاسم ولو قتلها رجل فالقيمة للموهوب له ومعنى ذلك ان قتل القاتل له ليس بمعنى الرجوع فى الهبة وأما العتق وما كان فى معناه فانه رجوع فى الهبة ومبطل لها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وان كان المعطى رهن العطية قبل القبض فقد قال ابن القاسم فيمن حبس على ابنه ثم رهنه فمات يبطل الرهن ويثبت الحبس ووجه ذلك ما تقدم (فرع) وهذا كله فيما أحدثه الواهب فى الهبة قبل القبض فأما ما أحدثه فى الهبة لابنه الصغير فى حجره فبقيت فى يده ثم باعها فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى رجل تصدق بثلثى غنم معينة على ابنه الصغير وثلثه صدقة فى سبيل الله فبقيت فى يديه زمانا ثم عدا عليها فباعها ثم مات والابن صغير ان صدقة الابن ثابتة يأخذها من ماله ولاشئ للسبيل لأن حظه لم يخرج من يده حتى مات

(فصل) وقوله وانما هو اليوم مال وارث يريد ان حق الوارث قد تعلق به فيمنع ذلك الحيازة كما تمنع الحيازة تعلق حق الغرماء بمال المفلس ويحتمل أن يكون أبو بكر قاله لما تيقن الوفاة ويحتمل أن يكون قاله توقفا لها وذلك يمنع الحيازة أيضا على وجه التوقيف فيها لأنها مترقبة ممن حاز فى ذلك الوقت فان صح صحت افاقته الحيازة

(فصل) قال وانما هو أخواك وأختاك هكذا ورد هذا الحديث ان ورثته من ذكر وقد ورثه مع ذلك زوجه أسماء بنت عميس وزوجه بنت خارجة وترك أباه أبا قحافة عثمان بن عامر ومات بعده فى خلافة عمر بن الخطاب الا انه روى انه رد سدسه على ولد أبى بكر ولعله قد كان وعده بذلك قبل وفاته

ويحتمل أن يريد انما يرثني بالبنوة أنت وأخواك وأختاك يريد أن الذين يشاركونك في هذه العطية انما هم اخوتك على معنى التسلية لها عما صار الى غيرها من ذلك بأن من يصير اليهم ذلك ممن يسرك غناهم فقالت لو كان كذا وكذا لتركته ويحتمل أن تريد لتركته اذا لم أستحقه ويحتمل أن تريد لتركته وان كان لي ممن ذكرته ممن أحب له الغنى والخير ممن يشفق عليه

(فصل) وقولها وانما هي أسماء فمن الاخرى لما لم تعلم لنفسها أختا غير أسماء فقال لها ذو بطن بنت خارجة يريد ان حمله يوجد ويقال ان اسمها حبيبة بنت خارجة بن زيد بن أبي زهير بن مالك الخزرجي يعتقد فيها انها جارية قال ابن مزين قال بعض فقهائنا وذلك لرؤيا رآها أبو بكر تأول فيها ذلك وهذا لا يمتنع فولدت بنت خارجة بنتا سميت أم كلثوم والله أعلم ص * مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحدا وان مات هو قال هو لابني قد كنت أعطيته اياه من نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون ان مات لورثته فهي باطلة * ش قوله ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها الحديث يقتضي ان اخراج العطية من يد الاب الناحل هو الواجب أو الافضل فان كان الابن بالغا مالكا لأمر نفسه فحكمه حكم الأجنبي على ما تقدم وان كان صغيرا فان من العطايا ما لا يصح الا باخراج الاب العطية من يده الى يد من يحوزها له ومنها ما يصح حيازتها مع بقائها بيد الاب الا أن اخراجها عن يد الاب الى يد غيره أفضل وأبين في صحة الحيازة فاذا ثبت ذلك فان العطايا على ضربين منها ما لا يتعين كالدنانير والدراهم ومنها ما يتعين كالحيوان والعروض والثياب فأما الدنانير والدراهم فانها ان بقيت بيد الواهب غير مختوم عليها يتصرف فيها لابنه الصغير فقد روى عيسى عن ابن القاسم انه ان مات الاب وهي على ذلك فالعطية باطلة وكذلك لو تصدق عليه بعشرة دنانير من دنانير معينة ففي العتبية عن مالك لا يجوز وان طبع عليها حتى يدفعها الى غيره ويخرجها عن ملكه وذلك انها غير معروفة العين ولا متعينة بالاشارة اليها ولا يصح أن يعرف أعيانها اذا أفردت من غيرها ولم يختلف أصحابنا في ذلك اذا وهبه عشرة دنانير من دنانيره (فرع) وأما اذا ختم عليها وأمسكها عنده فقد روى عن مالك أنها تبطل زاد ابن المواز وان ختم عليها الشهود والأب وبه أخذ ابن القاسم والمصريون وروى عنه أن العطية ماضية وبه أخذ مطرف وابن الماجشون والمدنيون قال مطرف اذا ختم عليها بحضرة الشهود وان لم يختم عليها الشهود وجه القول الاول انها مما يتعين بالعقد فلا يصح فيها حيازة مع بقائها بيد المعطي كالتي لم يختم عليها ووجه القول الثاني انها تتعين بالعقد فاذا تميزت بالختم عليها صحت الحيازة فيها (فرع) فأما اذا وهبه دنانير فوضعها على يد رجل يحوزها له فخرج الرجل سفرا ومات فقبضها الاب فمات فقد روى عيسى عن ابن القاسم انها ماضية لأنها حيزت مدة فلا يبالي قبضها الاب بعد ذلك أو لم يقبضها كالدار يتصدق بها على ولده فيحوزها عنه سنة وفي كتاب محمد عن مالك فيمن تصدق على ابنه الصغير بمائة دينار وجعلها له على يد غيره ثم تسلفها فمات فذلك باطل بخلاف مالو وهبه دينا ثم قبضه الأب فظاهر هذه المسئلة ان قول ابن القاسم فيها مخالف لقول مالك لانه علل امضاء الهبة بانها حيزت مدة وشبه ذلك بالدار تحاز سنة ثم رجع الواهب الى سكناها فالظاهر ان الواهب لو تسلفها بعد ان حيزت عنه نفذت الهبة غير انه انما نص على القبض في مسئلة السفر وان ذلك ان كان لعذر السكنى جائز ولم يذكر انتفاع الأب بها بعد القبض وذكر في مسئلة الدين قبض الأب للدين ولم يذكر تسلفه له

* مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحدا وان مات هو قال هو لابني قد كنت أعطيته اياه من نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون ان مات لورثته فهي باطلة

ولا انتفاعه به الا أنه لما شبه مسئلة السفر بمن حيزت عنه الدار سنة اقتضى ذلك أن انتفاعه بها بعد أن حيزت عنه لا تبطل الحيازة واقتضى ذلك على مذهب مالك ان قبض الأب لها بعد حيازة الأجنبي لا يبطل الحيازة وانما يبطلها انتفاع الأب بها وسلفه اياها والله أعلم وأحكم وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحيازة قد وجدت فيها فلا يضره ما حدث بعد ذلك كما لو وهبه ديناله على رجل فقبضه الأب ومات وهو بيده وقد اتفقا على صحته ووجه القول الثاني ان حيازة الأب لابنه الصغير فيها ضعف وكذلك الغائب عنه وانما تختص حيازة النائب عنه بان الهبة تتعين بقبضه وان كانت مما لا يتعين فاذا استرجعها الأب من يده وصرفها في منفعته بطلت الهبة ولو تسلفها من الكبير بعد أن تتم حيازته لها لم تبطل الهبة وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن تصدق أو حبس على صغار ولده فجعل من يحوز لهم فحاز ذلك الاب ثم مات الأب فوجدت عنده فان ذلك يبطل قال مطرف الا أن يشهد الأب انه رد حيازتها اليه قال ابن الماجشون لا ينفعه ذلك الا أن يكون حدث في من كان يحوزها سفه فانه يجوز ذلك اذا أشهد وقاله أصبغ وقول مطرف هو موافق لقول ابن القاسم انه يشترط الاشهاد في ان قبضها للحفظ للابن وقول ابن الماجشون كذلك الا انه يشترط الاشهاد ضرورة الاخذ لها من الحائز بسفهه وتتفق أقوالهم على أن لحيازة الأجنبي تأثيرا في صحة الحيازة والله أعلم (مسئلة) وأما الحنطة والشعير وما يكال أو يوزن فقد روى القاضي أبو محمد في معونته من قبض لابنه الصغير ما في يده وحازله من نفسه جاز اذا كان شيأ معينا ولا يجوز فيما لا يعرف بعينه من الذهب والفضة والطعام وسائر المكيل والموزون الا أن يضعه بيد غيره ويشهد عليه فان أمسكها بيده لم تصح وقال أبو حنيفة يصح قبضه له وان كان مما لا يعرف بعينه ووجه ذلك ان الأب قد يتلف الذهب والورق أو يتلف بغير سببه ولا يمكن أن يعرف عينه فلا يعلم ان كان ما وجد هو الذى كان وهبه أو غيره (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال الشيخ أبو بكر يجوز أن يحوزها الأب اذا وضعها في شئ وختم عليها وأشهد عليها الا نها حينئذ تتميز ويمكن الاشهاد عليها ويكون كالعبد والثوب وما يتميز عينه وهذا على قول المدنيين في حيازة الدنانير والدراهم ظاهر وأما على قول المصريين فيحتمل أن يقول مثل ذلك في كل مكيل أو موزون أو معدود ويحتمل أن يفرق بينهما بان الدنانير لا تتعين بالعقد وهذا متفق على انها تتعين بالعقد والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير بدار فلم يخرج منها حتى باعها ثم مات فيها قبل أن يقبضها المشترى فقد روى ابن حبيب عن أصبغ الصدقة جائزة والثمن للولد لانه انما مات في دار المشترى وسواء باعها باسم الولد أو جهل ذلك حتى تشهد البينة انه باعها لنفسه استرجاعاله فيها فان عثر على ذلك في حياته رد البيع ورجعت الدار للولد وان لم يعثر على ذلك حتى مات الأب بطلت الصدقة ونفذ البيع وسواء مات فيها أو قبضها المشترى وأما لو خرج منها بعد الصدقة ثم باعها فسواء باعها لنفسه استرجاعا أو على غير ذلك فالبيع مردود للولد مات الأب أو لم يمت ويرجع المشترى بالثمن في تركة الأب ولا شئ على الابن وان لم يترك الاب شيأ وذلك يقتضى انه لو لم يكن ساكنا فيها وأشهد على احتيازها لابنه ثم باعها باسم الاسترجاع انه بمنزلة الذى باع بعد أن أخلاها من سكناه وقد قال ابن القاسم في العتبية فيمن تصدق على ابنه الصغير بحوانيت ومساكن لها غلات فلم يعلم انه كان يكريها للابن باسمه أو باسم نفسه فذلك للابن وكذلك لو أكراها ولم يقل أكريت لابني وان لم يخرج ذلك الى أحد غيره يحوزه لابنه وقاله مالك وأنكر قول من يقول لا يجوز ذلك اذا ثبت الكراء باسم نفسه وعابه وكرهه كراهية شديدة وقال هذا خلاف سنة المسلمين (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير

بمائة شاة من غنمه ولم يعينها فعن مالك فى ذلك روايتان ففى الموازية والعتبية عن مالك ان لم يسم الغنم أو يصفها بما تعرف بأعيانها وأهل البادية يسمون الابل والغنم كما يسمى أهل مصر الخيل لم يجز ذلك وبه قال ابن القاسم ومطرف وفى كتاب ابن المواز وابن حبيب قال أصبغ وقد كان يقول اذا ذكر عدة من غنمه أو خيله وترك ذلك شركة فهو جائز ثم رجع عنه زاد فى العتبية هو وأصحابه قال ابن حبيب وبهذا أخذ ابن وهب وابن عبد الحكم وابن الماجشون والمغيرة وابن دينار واستثنى ابن الماجشون العين والمسكن والملبوس فانه يبطل يريد اذا لبسه أو سكنه وجه القول الأول انه اذا لم يعينها فانه لا يصح حيازتها لابنه لانه انما يتصرف لنفسه فيها فلا يصح قبضه لولده كالرهن المشاع لو بقى بيد الراهن لم تصح الحيازة فيه ووجه القول الثانى ان القبض والتسليم يصح والفرق بين العطية والرهن انه يحوز الأب لابنه الصغير العطية ولا يجوز أن يحوز له ما وهب له اياه (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير أو وهبه نصف غنمه أو نصف عبيده أو داره مشاعا قال القاضى أبو محمد فيها روايتان احداهما الجواز والأخرى الابطال ومعنى ذلك ان من تصدق بجزء من ذلك وترك باقيها لنفسه أو جعل الباقى للسبيل فحاز ذلك الأب حتى مات ففى كتاب محمد والعتبية ما كان للابن فهو نافذ ويبطل ما كان للسبيل رواه أصبغ عن ابن القاسم ورواه أشهب فى الموازية عن مالك وقال أصبغ أرى أن يبطل كله فى المسئلتين جميعا ولا شئ للابن ولا للسبيل وجه القول الأول ان قبضه لابنه الجزء المشاع يصح كما يصح فى المعين المفرد المتميز ويبطل ما لابن السبيل لانه لا يحوز لهم ووجه القول الثانى ان قبضه الجزء المشاع لابنه وباقيه له أو راجع اليه لا يصح لانه لا يتميز ما يقبضه لابنه مما أبقاه على ملكه كما لو وهبه عدة من جملة دراهم فانه لا يكون اشهاده بالحيازة لابنه حيازة وقد رأيت معناه للقاضى أبى محمد والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولا يجوز أن يحوز للصغير والسفيه ما وهبه الا الأب أو الوصى أو السلطان أو من يليه فاما غير هؤلاء من أم أو أخ أو جد أو غيرهم فلا يحوز له ما وهبه يتيما كان أو ذا أب رواه أشهب عن مالك وبه قال ابن القاسم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون حوز الأم على اليتيم الصغير حيازة فيما وهبته له أو وهبه له أجنبى وكذلك من ولى صبيا على وجه الحسبة من الأجنبى أو من قريب فحيازته له جائزة فيما وهبه له هو أو غيره وان كانوا انما ابتدؤا ولايته من يوم الصدقة فذلك باطل وقاله ابن نافع وأصبغ وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب فيمن تصدق على يتيم له أو صغير فى حجره هل يحوز له فقال لا يحوز له الا الأب أو وصى الأب أو الأم وان لم تكن وصية والاجداد كالأب فى عدمه والجدات كالأم اذا كان فى حجر آخر من هؤلاء وأما غيرهم فلا يحوز له الا أن يبرأ منهم الى رجل يليه وجه قول ابن القاسم أن غير الأب لا يلى المال بنفسه ولا قدمه من يليه بنفسه فلم تصح حيازته كابن العم ووجه قول ابن الماجشون ان هذا قد تقدمت له ولاية ونظر فصحت حيازته له وليس كل أحد يوصى على ولده ولا كل أحد يستطيع ان يصل خبره الى السلطان فيليه أو يولى عليه فمن كان وليه غيره على وجه الحسبة أو القرابة فى حكم الوصى ووجه قول ابن وهب أن كل من له عليه ولادة يجوز أن يليه ويحوز له كالأب الا ان بعضهم مقدم على بعض لقوة سببه (فرع) اذا قلنا ان الوصى يحوز على يتيمه ما أعطاه فقد قال أبو عبد الله بن العطار انما ذلك اذا كان مفرد النظر فان شاركه غيره لم يجز له ذلك وليخرجها الى شريكه أو الى غيره قال وقيل ان حيازته تامة

(باب فى الذين يحاز عليهم)

والذى يحاز عليه هو الصغير والبكر البالغة والسفيه واسم اليتيم ينطلق على جميعهم وقد نص عليه

شيوخنا وقاله أبو عبد الله بن العطار وقد بسطت القول فيه في كتاب السراج فأما الصغير فان حد الصغر يذكر في الجنايات ان شاء الله تعالى ولم يختلف في الصغير انه اذا بلغ لم يدفع اليه ماله حتى يؤنس رشده قاله محمد خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما يدفع اليه ماله بنفس البلوغ والدليل على ذلك قول الله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم فجعل تعالى إيناس الرشد شرطا في دفع المال اليهم بعد البلوغ ومن جهة المعنى ان الصغير انما يخاف عليه افساد المال وتأثير الرشد في حفظ المال أكثر من تأثير البلوغ فاذا روعي البلوغ فبان يراعى الرشد أولى وأحرى (مسئلة) وأما البكر البالغة فحكمها حكم الصغير في الحجر مالم تعنس فان عنست ففي كتاب ابن المواز عن مالك في البكر يجوز لها أبوها وان عنست وقال أيضا الا أن تكون عنست ورضيت وجه القول الاول انها بكر ذات أب فلزمها حجره كالتي لم تعنس ووجه الرواية الثانية انها بالغة رشيدة خبيرة بمصالحها فزال عنها الحجر كالثيب (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن عبد الحكم في الموازية يجوز لها مالم تبلغ التعنيس الكثير فاذا بلغت الخمسين والستين فهذه تجوز لنفسها ولا شئ لها الا أن تجوز لنفسها وهي كالتي تلي مالها ولا يزوجها أبوها الا برضاها فان زوجها بغير رضاها لم أفسخه وروى ابن القاسم عن مالك تجوز حيازته عليها وان رضي حالها وجاوزت الثلاثين قال ابن القاسم مالم تعنس جدا فتبلغ الستين ونحوها فهذه ان لم تحز لنفسها فلا شئ لها ووقع الاتفاق على التعنيس الكثير وهو بلوغ الخمسين والستين وانما وقع الاختلاف بينهم في ظاهر الأمر في التعنيس الاول بسن الثلاثين وبما زاد عليها الزيادة القريبة لان هذه لم تبرز بعد البروز التام وقال في المدونة ابن القاسم اذا عنست في بيت والدها لم يكن له أن يرد هبتها ولا عتقها ولم يحد وقال عن مالك لا يجوز فعلها وقال في المدونة أشهب عن مالك التي بلغت أربعين سنة وخمسين سنة اذا رضي حالها جاز فعلها قال محمد وذلك عندنا في التي لا أب لها ولا وصي ولا ولي من السلطان فلم يسلم من الاختلاف بالتحديد الا التي بلغت الستين لانها نهاية التعنيس وابتداء الشيخوخة والله أعلم (مسئلة) وأما السفيه فهو الذي لا معرفة له بحفظ ماله ووجه اصلاحه وهل يراعى في ذلك أن يكون معه فسق في دينه أم لا قال أشهب لا ينظر الى سفهه في دينه اذا كان لا يخدع في ماله وبه قال ابن القاسم وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في المولى عليه لا يدفع اليه ماله حتى يحكم له بالرشد في الحال والمال وهذا عندنا في ازالة الحجر عنه وأما في رده الى الحجر فلا يراعى فيه فسقه وهو قول المدنيين من أصحابنا وقول الحسن البصري وجه قول أشهب ان الصلاح في الدين معنى لا يراعى في الحجر عليه فلم يراع في حفظه كحفظ القرآن ووجه قول ابن الماجشون ان الصلاح في الدين أولى بالاعتبار وبه يعلم اصلاحه المال (مسئلة) وأما أم الولد ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في أم الولد يتصدق عليها سيدها حالها في الحيازة حال الحرة قال أبو عبد الله بن العطار ويجوز السيد لأم ولده ما حبسه عليها لما في كتاب الحبس والصدقة من المدونة ان الرجل يجوز عطيته لمن يلي أمره ويجوز عليه قضاؤه يريد ان قضاء السيد يجوز على أم الولد في مالها فكانت ممن يجوز عليها

(فصل) وقوله فان مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعط أحدا يريد انه يمنع منه ورثة الابن وان مات هو قال هو لابني قد كنت أعطيته اياه فوعظ عمر ونهى عن مثل هذا وأعلم انه لا يحل لشاعله وانه اذا أعطى ابنه عطية ثم مات لم يحل له أن ينفرد بها ويقول هذا مالي وربما حجر الاعطاء وأخفى وثيقة

العطية ولا يحل أيضا أن يعطيه عطاء لم يبتله له ثم يدرك الموت الأب فيعر به عن بعض ورثته ويقول قد كنت وهبته لابنى وهو لم يبتل تلك الهبة ثم قال رضى الله عنه من نحل نحلة فلم يحزها الذى نحلها حتى تكون لورثته فهى باطل وظاهر هذا اللفظ يقتضى انه كان المنحول كبيرا يحوز لنفسه وأما الصغير فقد بينا انه قد يحوز له غيره وقد يحوز الكبير غيره على ما قدمناه ذكره وانما أراد بذلك عمر ابن الخطاب أن يحوز لنفسه أو يحوز له من يقوم مقامه فى ذلك بتوكيل أو وجه سائغ فى الشرع والله أعلم

﴿ مالا يجوز من العطية ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن أعطى أحدا عطية لا يريد ثوابها فاشهد عليها فانها ثابتة للذى أعطيها الا أن يموت المعطى قبل أن يقبضها الذى أعطيها قال وان أراد المعطى امساكها بعد ان أشهد عليها فليس ذلك له اذا قام عليه بها صاحبها أخذها ﴾ ش وهذا كما قال ان من أعطى عطية لا يريد بها الثواب ولا العوض وانما يبتلها للمعطى دون عوض وأشهد عليها فانها بالاشهاد تثبت للمعطى فليس للمعطى الرجوع فيها لان الهبة تلزم بالقول خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما ان الصدقة والهبة عقد جائز وانما تلزم بالقبض والدليل على ما نقوله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود والدليل على ما نقوله من جهة السنة ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال العائد فى صدقته كالكلب يعود فى قيئه ودليلنا من جهة القياس ان هذا عقد فلم يفتقر لزومه الى قبض المعقود عليه كسائر العقود (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه على ضربين ضرب لا يقضى به وضرب يقضى به فاما ما لا يقضى به فما كان من صدقة أو هبة أو حبس على وجه اليمين على معينين أو غير معينين اتفق أصحابنا ابن القاسم وأشهب وغيرهما على أنه لا يقضى عليه بذلك ولكنه يؤمر به ووجه ذلك انه لم يقصد به البر وانما قصد اللجاج وتحقيق ما نازع فيه فيؤمر به ولا يقضى به عليه ومثله روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن قال لامرأته كل جارية أتسررها عليك فهى صدقة عليك وان وطئت جاريتى هذه فهى صدقة عليك فتسرر انه لا شئ عليه قال محمد بن زيد لا يقضى عليه بها وأما ما كان من ذلك بغير يمين فانه يجبر على اخراجها وحكى محمد عن أشهب لا يجبر على اخراجها الا اذا كانت الصدقة على معين بل خصومته لا للمساكين وجه قول ابن القاسم ان هذه صدقة على وجه البر فوجب أن يقضى عليه باخراجها كالاحباس ووجه قول أشهب ما احتج به من أنه اذا كانوا غير معينين لم يستحق أحد المطالبة بها فيقضى له ص ﴿ قال مالك ومن أعطى عطية ثم نكل الذى أعطاها فجاء الذى أعطيها بشاهد يشهد له انه أعطاه ذلك عرضا كان ذلك أو ذهبا أو ورقا أو حيوانا أحلف الذى أعطى مع شهادة شاهده فان أبى الذى أعطى أن يحلف حلف المعطى وان أبى أن يحلف أيضا أدى الى المعطى ما ادعى عليه اذا كان له شاهد واحد فان لم يكن له شاهد فلا شئ له ﴾ ش قوله من أعطى عطية ثم نكل المعطى يريد أنكر ذلك فشهد للمعطى شاهد واحد على ما ادعاه من أن المعطى أعطاه ما أشار اليه من عرض أو حيوان أو ذهب أو ورق مثل أن يكون الذهب والورق مما يتعين كالحلى والتبر ويحتمل أن يكون دنانير أو دراهم على قول من يقول لا يتعين بعقد فكان ما أشار اليه من ذلك بيد المعطى فحكمه حكم ما فى ذمته مثل أن يقول الرجل اشهد أن لفلان فى مالى مائة دينار صدقة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان ذلك لازم له وأما الرجل

﴿ مالا يجوز من العطية ﴾

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن أعطى أحدا عطية لا يريد ثوابها فاشهد عليها فانها ثابتة للذى أعطيها الا أن يموت المعطى قبل أن يقبضها الذى أعطيها قال وان أراد المعطى امساكها بعد ان أشهد عليها فليس ذلك له اذا قام عليه بها صاحبها أخذها

* قال مالك ومن أعطى عطية ثم نكل الذى أعطاها فجاء الذى أعطيها بشاهد يشهد له انه أعطاه ذلك عرضا كان أو ذهبا أو ورقا أو حيوانا أحلف الذى أعطى مع شهادة شاهده فان أبى الذى أعطى أن يحلف حلف المعطى وان أبى أن يحلف أيضا أدى الى المعطى ما ادعى عليه اذا كان له شاهد واحد فان لم يكن له شاهد فلا شئ له

يسأل الرجل السلف أو الهبة فيقول أنا أسلفك وأنا أهبك ففي العتبية والموازية عن مالك ان ذلك غير لازم له ووجه ذلك انه موعد لغير سبب (مسئلة) وأما اذا كان السلف والعدة لغير سبب يتسبب به ولا حاجة يذكرها فان كانت العدة من رجل بسبب يتسبب به مثل أن يقول أريد الحج أو السفر أو نكاحا أو شراء سلعة أو هدم داري وبنيانها فيقول له الرجل افعل ذلك وأنا أسلفك ففي العتبية لسحنون ان هذه العدة لازمة لمن وعدها يقضى عليه بها لانها لازمة بالقول كالنظرة بالدين تلزم بالقول سواء قال أنظرك أو أنظرتك وكذلك في هذا سواء قال أسلفك أو أسلفتك سواء ذكر أجلا للسلف أو لم يذكره فان ذكر الاجل لزمه وان لم يذكره لزمه من الأجل بقدر ما يرى ان مثله في غناه وقوته على السلف يسلف مثل التسلف في غناه وقوته على الاداء يراعى الأمران في ذلك وعنه أنه يراعى مع ذلك قدر الدين (مسئلة) ولو كان ما استسلف أو استعار بسببه لا يفضي الى التسبب بشئ ولكنه أسلف لحاجة ذكرها مثل أن يقول له ان غرمائي يلزمونني بدين فأسلفني أقضهم أو يقول أعرني دابتك أركبها غدا الى موضع كذا ويذكر حاجته فيعده على ذلك ففي العتبية لأصبغ يلزمه ذلك بالقول تسبب لحاجته أو لم يتسبب لها الا أن يترك حاجته تلك فيسقط عن الواعد حكم عدته وبالله التوفيق

(فصل) وقوله ويحلف المعطى مع شاهده مبني على ما تقدم من الحكم باليمين مع الشاهد فان أبى المعطى أن يحلف لقد أعطاه ما شهد به شاهده حلف المعطى انه ما أعطاه شيأ من ذلك فان أبى أن يحلف حكم المعطى بها دون يمين لنكول المعطى بعد رد اليمين عليه وكذلك كل من نكل عن يمين ردت عليه فانه يقضى عليه كمن ادعى قبل زيد مالا فلم يحلف زيد ورد اليمين على المدعى فنكل فانه يقضى عليه ببطلان دعواه

(فصل) وقوله فان لم يكن له شاهد فلا شئ له ظاهره ليست له يمين ولا غيرها على من ادعى عليه الهبة وذلك ان الهبة على قسمين أحدهما أن تكون الهبة معينة والثاني أن تكون في ذمة المدعى أما ما لم يكن في ذمة المدعى فالظاهر من المذهب انه لا يمين على المدعى عليه بمجرد الدعوى ووجه ذلك ضعف سبب المدعى لان في دعوى الحقوق اللازمة باتفاق لا يجب اليمين الا بسبب يقوي الدعوى فكان بضعف الهبة لاختلاف الناس في لزومها وحاجتها عند مالك الى الحيازة وقال الشيخ أبو القاسم في تفريعه على المدعى عليه الهبة اليمين فان حلف برئ وان نكل المدعى عليه الهبة اخذ منه ذلك (مسئلة) وأما ما كان في ذمة مدعى الصدقة مثل أن يكون لعمرو دين قبل زيد فيطلبه منه فيقول زيد قد وهبتنيه فالظاهر انه لا يحكم لعمرو على زيد بذلك الدين الا بعد أن يحلف انه ما وهبه ووجه ذلك ان المعطى يريد اخراج ما عنده فان ادعى الغريم فيه ما يبرئ ذمته لم يحكم له الا بعد يمينه على ابطال تلك الدعوى كما لو ادعى القضاء ويحتمل عندي قسمة أخرى ان كانت الهبة بغير يد الموهوب فلا يمين على الواهب وان كانت بيد الموهوب له لم يكن للواهب انتزاعها منه الا بعد يمينه انه ما وهب سواء كانت الهبة عرضا أو عينا يصحح هذا التقسيم ان من استحق عرضا بيد رجل وزعم أنه اشتراه انه لا يأخذه منه حتى يحلف انه ما باع ولا وهب والله أعلم وأحكم * قال مالك من أعطى عطية لا يريد ثوابها ثم مات المعطى فورثته بمنزلته وان مات المعطى قبل أن يقبض المعطى عطيته فلا شئ له وذلك انه أعطى عطاء لم يقبضه فان أراد المعطى أن يمسكها وقد أشهد عليها حين أعطاها فليس ذلك له اذا قام صاحبها أخذها * ش قوله من أعطى عطية لا يريد ثوابها فات المعطى فورثته بمنزلته يريد

* قال مالك من أعطى عطية لا يريد ثوابها ثم مات المعطى فورثته بمنزلته وان مات المعطى قبل أن يقبض المعطى عطيته فلا شئ له وذلك انه أعطى عطاء لم يقبضه فان أراد المعطى أن يمسكها وقد أشهد عليها حين أعطاها فليس ذلك له اذا قام صاحبها أخذها

ان هذا حكم هذه الهبة وان كانت لغير ثواب لان حكم هبة الثواب يخالف حكم هذه الهبة وهذا يدل على أن مالكا كان يقول بدليل الخطاب فأخبر ان موت المعطى لا يبطل الهبة وهو الصحيح لان القبض الذى يبطل الهبة عدمه لا يفوت بموت المعطى فورثته يقومون مقامه لهم من القيام بطلبها وامضاء ما كان له وانما يبطل بموت المعطى قبل القبض لان تمام العطية بالقبض قد فات وقد تقدم الكلام فى باقى الباب

﴿ القضاء فى الهبة ﴾

ص ﴿ مالك عن داود بن الحصين عن أبى غطفان بن طريف المرى أن عمر بن الخطاب قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها ﴾ ش قوله من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة يريد ان يقصد بها القربة فانه لا يرجع فيها يريد انها لازمة له ليس له الرجوع فيها سواء قبضت منه أو لم تقبض وقد تقدم ذكره ومن وهب هبة رأى انه أراد بها الثواب وليست على وجه القربة وانما هى على وجه المعاوضة فاذا لم يرض منها كان له ارتجاعها كالسلعة يعرضها للبيع فاذا لم يرض منها لم يلزمه اخراجها وقوله يرى انه أراد بها الثواب يحتمل وجهين أحدهما أن يكون الواهب ممن ظاهر هبته قصد الثواب بان يهب للثواب ويعتقده ولعله يعلم به غير الموهوب فان اشترط الثواب فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يجوز ذلك وهو كبائع السلعة بقيمتها ولكن ان وهب وسكت عن ذكر الثواب ثم قام يطلب الثواب فهو الذى جاء فيه قول عمر رضى الله عنه قال أصبغ ذلك جائز فى الوجهين قال الشيخ أبو محمد وهو قول ابن القاسم فى المدونة وهو أولى لانه وان لم يشترط الثواب فقد عرف انه المقصود والمعروف كالشرط * وفى هذا خمسة أبواب * الباب الأول فيما يجوز هبته للثواب وما لا يجوز وما يكون عوضا فى هبة الثواب * الباب الثانى فيمن يحمل هبته على الثواب من غير شرط * الباب الثالث فى مقتضى الهبة من اللزوم أو الجواز * الباب الرابع فيما تفوت به الهبة للثواب * الباب الخامس فى حكم وجود العيب بها

(الباب الأول فيما يجوز هبته للثواب ومالا يجوز وما يكون عوضا فى هبة الثواب)

اعلم ان مالا يجوز بيعه لا يجوز هبته للثواب كالعبد الآبق والجمل الشارد والجنين فى بطن أمه ومالم يبد صلاحه من ثمر أو حب رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك انه عقد معاوضة فلا يجوز عقده بالعبد الآبق كالبيع (مسئلة) وأما الدنانير والدراهم فروى ابن المواز عن ابن القاسم لا يصلح أن يوهب للثواب فان شرط فى ذلك ثواب فهى هبة مردودة وهو المشهور عن مالك وروى ابن المواز عن ابن القاسم انه ان اشترطه فيكون ذلك عرضا أو طعاما ومثله فى المدونة قال ابن المواز ولا يعجبنا ذلك وهى غير جائزة وليرد المثل فيها وكذلك الفضة والذهب غير المسكوك وقاله أشهب وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن القيمة انما تكون بالعين فاذا كانت الهدية عينا فانما تكون قيمتها من أصناف العروض ثبتت فى الذمة غير موصوفة ولا مؤجلة وذلك يمنع صحة البيع وما كان فى معناه وأيضا فانه ليس فى أعيانها غرض ولا فيها مقصد غير التصرف فيها فى البيع والشراء وانما هبة الثواب فيما يتاحف به الواهب مما يكون فيه غرض للموهوب له فيثبت عليه بمثل قيمته أو أكثر ووجه القول الثانى ان كل ماصح بيعه صح أن يوهب للثواب كالعروض (فرع) فاذا قلنا انه

﴿ القضاء فى الهبة ﴾

* مالك عن داود بن الحصين عن أبى غطفان ابن طريف المرى أن عمر ابن الخطاب قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أرادبها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها

يجوز ذلك في الدنانير والدراهم وهو الأظهر من المذهب فلا يجوز ذلك في السبائك وروى عيسى عن ابن القاسم وكذلك السفائج والنقار والحلي المكسور ووجه ذلك انه ذهب أو فضة لا غرض في هبته غير مبلغه فلا يوهب للثواب وان وهب فهو مردود كالدنانير والدراهم (فرع) وأما هبة الحلي المصوغ للثواب فأجازه مالك في المدونة والموازية قال ابن المواز لا يجوز هذا بحال وجه القول الأول ان هذا مما يجوز بيعه وفي عينه غرض مقصود فجاز أن يوهب للثواب كسائر العروض ووجه قول محمد أن هذه معاوضة ذهب بعضه لا يتناجز فيها قبض أو شراء عرض غير معين ولا مؤجل فلم يجز ذلك كالبيع

(الباب الثاني فيمن تحمل هبته على الثواب من غير شرط)

الواهب اذا وهب وشرط الثواب فلا خلاف في أن هبته محمولة على الثواب اقتضى ذلك الجواز أو المنع وأما ان وهب من غير شرط ثم ادعى انه قصد الثواب وطلبه فان كانت هبته من جنس ما لا يوهب للثواب كالدنانير والدراهم فدعواه غير صحيح وقوله مردود ولا شيء له من العوض رواه ابن المواز عن مالك وروى ابن القاسم وأشهب لا يقبل دعواه انه وهبه للثواب وقد روى ابن المواز من وهب قمحا أو شعيرا ففيه الثواب وأما الذي لا ثواب فيه منه مثل الفاكهة أو الرطب يهدى للقادم قاله مالك وان قام يطلب منه ثوابا لم يعط قاله أشهب وابن القاسم ووجه ذلك ان الدنانير لا غرض في أعيانها وانما يوهب للثواب ما يكون الغرض في عينه كالقمح والشعير والعروض والحيوان والعقار وأما الفاكهة فلم تجر العادة بطلب الثواب على ما يوهب منها للقادم ومثله وانما جرت العادة بان توهب على سبيل التألف فكانت محمولة على غالب المعتاد الا أن يشترط غير ذلك فيها وقال أبو عبد الله محمد بن العطار وكذلك ما يهبه للفقير القادم من سفره من التحف كالتمر وشبهه (فرع) فان كان قد فات فلا شيء له من الهبة ولا العوض وان كان لم يفت فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب لا عوض له ولا له أخذه وان لم يفت روى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر ان بعض أصحابنا يرى له أخذه ان لم يفت وجه القول الأول ان هبته محمولة على غير العوض فليس له أخذ هبة قد قبضت منه ووجه القول الثاني انها لم تفت واحتمل وقوله وتقوم بملكه ويده حلف وردت اليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وما جرت عادة الناس ببلدنا من اهداء الناس بعضهم الى بعض الكباش وغيرها عند النكاح هذا قال الشيخ أبو عبد الله بن العطار ان ذلك على الثواب وكذلك رأيت القضاء في بلدنا قال أبو عبد الله لان ضمان المهديين والمهدى اليهم على ذلك يريد انه المعروف قال وذلك كالشرط فقضى للمهدي بقيمة الكباش حين قبضها المهدى اليه ان كانت مجهولة الوزن فان كانت معلومة الوزن قضى بوزنها وان كان المهدى اليه بعث الى المهدي قدرا من لحم مطبوخ أو أكل عنده في العرس حوسب به من قيمة هديته ولو كان هذا في بلد لا يعرف فيه هذا لم يقض فيه بثواب وهذا الذي قاله عندي فيه نظر (مسئلة) ومن وهب له ولم يذكر ثوابا ثم ادعاه فانه ينظر الى ناحية المعطي والمعطى فان وهب غني لفقير دابة أو كساه ثوبا أو أعطاه ما يرى انه أراد به صلته فلا شيء له وان وهب فقير لغني فله الثواب رواه ابن المواز وقال أشهب في فقير وهبه غني أو فقير الثواب على الغني وهبه غني أو فقير ووجه ذلك ان الفقير لا يطلب منه استقرار العوض والهبة للثواب مقتضاها المكارمة وان تعوض المعطي أمثال ما صار اليه وهذا المعنى معدوم في الفقير وموجود في الغني قال الشيخ أبو القاسم ومن وهب هبة مطلقة فادعى انه وهبها للثواب عمل على المعروف فيه

فان كان مثل الواهب يطلب الثواب على هبته فالقول قوله مع يمينه وان كان مثله لا يطلب الثواب على هبته فالقول قول الموهوب له مع يمينه فان أشكل ذلك واحتمل الأمرين فالقول قول الواهب مع يمينه (مسئلة) ولا ثواب للذى سلطان فيما وهب رواه ابن المواز عن أشهب لانه ليس مما يعرف ان ذا السلطان يطلب استقرار ثواب وانما يطلبه غيره منه وأما ما يهبه أحد للسلطان فقد قال الشيخ أبو اسحاق لا ثواب فيه والظاهر عندى من المذهب انه على الثواب ووجه قول أبى اسحاق انه من أهدى اليه فانما يقصد التقرب منه فعلى ذلك تحمل هبته مع الاطلاق ووجه القول الثانى ان عطيته وهباته مقصودة بعوض وبغير عوض وهى من جملة ما يرغب التقرب اليه بسببها (مسئلة) قال الشيخ أبو اسحق وما أهدى الى الفقير فعلى غير الثواب وما أهدى هو فعلى الثواب والظاهر عندى انه أراد الثواب وأما الغنى فيجب أن يكون حكمه فى ذلك حكم سائر الاغنياء (مسئلة) ولا ثواب على سيد فيما أهداه اليه مولاه ووجه ذلك ان الظاهر انه انما يهدى اليه شكر الانعام عليه بالعتق (مسئلة) وأما هبة ذى الرحم فليست على الثواب قال ابن القاسم فى المدونة الا ان يرى الناس انه وهبه للثواب مثل ان يطلب الموهوب له ما يستحسنه عند الواهب فيهبه اياه استقرار العوض فهذا محمول على الثواب ومعنى ذلك انه ما لم يبين وجه الثواب فهو على غير الثواب ووجه ذلك أن هبته محمولة على صلة الرحم وكل هبة لها وجه غير الثواب فى الاغلب فهى محمولة عليه (مسئلة) وهبة أحد الزوجين الآخر روى ابن المواز انها لغير الثواب قال فى المدونة الا ان يرى انه أراد الثواب ومعناه ما تقدم وذكر القاضى أبو محمد فى معونته ان فى الهبة المطلقة روايتين احداهما انها تقتضى الثواب والثانية لا تقتضى الثواب وجه الرواية الاولى ان الملكين متميزان وان المعاوضة مطاوبة بينهما ووجه الرواية الثانية ان العرف جار بان كل واحد منهما يتقرب الى الآخر بالهدية ويحب التقرب اليه وقد ذكر فى كتاب الدور والارضين من المدونة فيمن تزوج امرأة تسكن فى بيت بكراء فسكنها حتى انقضت المدة انه لا شئ على الزوج من الكراء الا ان تكون المرأة بينت له بذلك وأعلمته بالكراء وقالت ان شئت فأده وان شئت فاخرج وذلك بمنزلة ان يتزوجها وهى ساكنة فى دارها ثم طلبت كراءها فلا كراء لها وقال غيره عليه كراء مثلها الا ان يكون أكثر مما اكترت به واختلاف ابن القاسم والغير مبنى على الخلاف الذى ذكره القاضى أبو محمد فى هذا الاصل فى كتاب العدة من المدونة فى المعتدة تعتد فى مسكن بكراء فطلبت الكراء بعد تمام العدة أن لها ذلك ان كان موسرا حين السكنى وقال بعض شيوخنا الاندلسيين ان المسئلتين مختلفتان *قال القاضى أبو الوليد رحمه الله تعالى ومعنى ذلك عندى ان المعتدة سكنت فى وقت لا يظن به الصلة وقد بسطت القول فى هاتين المسئلتين فى شرح المدونة والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا انها تقتضى الثواب مع الاطلاق ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم انها ان ادعت انها شرطت عليه الثواب تحلف على ذلك وتبرأ ووجه ذلك انها ادعت انها شرطت ما لا يقتضيه الاطلاق فان لم يكن لها بينة بذلك فالقول قول الزوج فى انكار دعواها كادعائها سائر الشروط (مسئلة) وهذا حكم العطية بلفظ الهبة أو الهدية فأما لفظ الصدقة فلا ثواب فيه قاله الشيخ أبو اسحق واحتج لذلك بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية ومعنى ذلك ان مقتضاها القربة وذلك ينافى العوض والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث في مقتضى هبة الثواب من اللزوم أو الجواز)

الذي عليه ظاهر المذهب ان الهبة باللفظ لازمة للواهب فان أخذ المعطى قيمتها فلا سبيل له اليها وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (فرع) فان زاد على هذا القول كان له منعه من قبضها فقد قال محمد ليس له منعه من قبضها ولا من بيعها والظاهر من قول أشهب انها وان كانت تلزم بالقول الأن للواهب منع المعطى من قبضها حتى يثيبه وجه القول الاول ان مقتضى هبة الثواب الاستسلام وترك المشاحة وذلك مخالف للمنع من القبض ووجه القول الثاني ان هذه معاوضة فكان للبائع امساك ماباع حتى يقبض الثمن كالبيع المطلق فان قبضها المعطى بغير اذن المعطى فقد قال أشهب يرتجعها حتى يثيبه وليس للواهب أن يبدوله وقال ابن القاسم لا يرتجعها ويتلوم فان أثابه والا ردها والقولان مبنيان على ماتقدم في منع الواهب الموهوب من قبضها والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان فاتت الهبة فقد لزمت المعطى بالقيمة كنكاح التفويض يلزم بالدخول مهر المثل فان كانت القيمة التي تلزم في الهبة والثواب عين لزم قبضها والرضا بها وان كان الثواب دينا مثل ان يهبه دارا فيثيبه منها دينا ففي كتاب أبي محمد يجوز حل الدين أو لم يحل قال محمد يريد انه حوالة ويريد اذا كان مما تقوم به الهبة في الاستهلاك من الدنانير أو الدراهم ولا يجوز أن يعوضه منها سكنى دار ولا خدمة عبد سنين لأنه فسخ دين في دين عند ابن القاسم وجوزه أشهب لأن قبض الرقبة لاستيفاء المنافع عنده قبض والله أعلم وأحكم

(الباب الرابع فيما تفوت به هبة الثواب وتلزم به القيمة)

وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله

(الباب الخامس في حكم وجود العيب بها)

فانه ان اطلع على العيب قبل ان يثيبه وقبل أن تفوت فان علم الواهب بالعيب فليس له الا قيمتها معيبة لأنهما عالمان بالعيب قاله محمد ووجه ذلك ان الواهب وهبها على انها معيبة فله قيمتها على ذلك وان لم يكن عالما بالعيب فله قيمتها صحيحة غير معيبة كان فاتت بحوالة أسواق أو كانت جارية ففاتت بوطء قاله أصبغ في العتبية ووجه ذلك أن الرد بالعيب لا تفيته حوالة الاسواق والواهب وهب على الصحة فاما أن يرضى المعطى أن يثيبه على ذلك أو يرده (مسئلة) فان ظهر العيب بعد ان أثابه وقبل الفوات فله ردها والرجوع في الثواب أو امساكها ولا يرجع بشيء مما أثابه وذلك كالبيع وقد قال محمد ان لم يعلمه بالعيب حتى فاتت بحوالة الاسواق لزمه قيمتها صحيحة فان شاء حبسها بذلك والا ردها وذلك انه أراد ان فوات الهبة الموجب لقيمتها بفوت سوق أو زيادة بدن أو وطء لا يمنع الرد بالعيب (مسئلة) ولو كانت قد فاتت بما لا يقدر على ردها فأثابه ثم ظهر على العيب رجع بقدر العيب مما أثابه به ان كان الثواب أقل من قيمة الهبة أو أكثر ظهر على العيب قبل أن يوفي القيمة أو قبل أن يثيب لكانت عليه قيمتها معيبة (مسئلة) فان وجد العيب بالعوض قبل ان يفوت فله رده قال ابن القاسم الا ان يكون في العوض المعيب مثل قيمة الهبة فلا يرد أو يكون أقل فتتم له القيمة فلا يرد قال أشهب له رده كما ترد الهبة لأنه يرى ان لا يقبل من عوضه الا العين فأخذه العوض شراء له بالقيمة التي وجبت له واختيار له

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها تأول مطرف ذلك على ظاهره على أن له أن يرجع في هبته وان أعطى قيمتها الا ان يرضى منها فجعل عقد الهبة للثواب غير

لازم للواهب ونحوه فى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك وقال مالك ليس له أن يرجع وان لم تخرج من يده واذا أعطاه القيمة فليس له أن يقول أنا راض وهذا قول ابن القاسم وقال ابن الماجشون وهو معنى قول عمر رضى الله عنه فهو على هبته مالم يرض منها يريد يعطى قيمتها * قال مالك اما ثواب مثلها أو ردها فمعنى قوله مالم يرض منها على قول مطرف مالم يأخذ ما يرضيه وان كان قد أعطى أكثر من القيمة ومعناه على قول مالك مالم يعط ماهو رضا منها عند الناس وذلك القيمة والرضا منها يعتبر فى وجهين القدر والجنس فأما القدر فقد تقدم ذكره وأما الجنس فروى ابن المواز عن أشهب لا يلزم الواهب ما أعطى من غير العين الا أن يتراضيا على شئ يجوز وفى المدونة لابن القاسم ما أثابه من السلع مما يثاب بمثله فذلك يلزم الواهب اذا كانت قيمته قيمة الهبة وكان مما يتعاطاه الناس فى ثواب الهبات بينهم ولا يلزم أن يثيبه حطبا ولا تبنا الا انه ليس مما يتعاطاه الناس بينهم فى ذلك وجه قول أشهب ما احتج به من أن الذهب والفضة هى أصول الأثمان وقيم المتلفات فلا تكون القيمة الا منهما عند المشاحة ووجه قول ابن القاسم ان أعواض المبيعات على حسب العرف ولذلك كانت فى بعض البلاد ورقا وفى بعضها ذهبا وكانت الدية على أهل الابل ابلا ولو جرت العادة بأن يثاب الواهب بغير العين كان ذلك حكم ثوابها مع مابنيت عليه من التوسعة ولذلك صحت مع ترك قدر الثواب وذكر جنسه والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب فيلزمه أن يختص الثواب بالعين التى تجرى فى بلد الهبة وتلك السكة لان التقويم انما يكون بها دون سائر أنواع العين والسكك فان قلنا بقول ابن القاسم فعلى حسب ماقدمناه أنه أمر مصروف الى اختيار الموهوب له مع العرف (فرع) وهذا مع التشاح وأما مع التسامح نظرت فان كانت الهبة لم تفت يجوز أن يعوضه منها كما يجوز أن يسلم الهبة فيه قال ابن القاسم فى المدونة ان وهبه أثوابا فسطاطية لم يجزه عند مالك أن يثيبه منها أثوابا فسطاطية أكثر منها ولو وهبه حنطة لم يجزله أن يعوضه منها حنطة ولا مما يؤكل ويشرب الا أن يعوضه مثل طعامه فى صفته وجودته وكيله (مسئلة) فان كانت الهبة حليا وقلنا بجواز هبته للثواب ففى المدونة يثيبه قيمة الحلى عروضا ولا يأخذ دراهم ولا دنانير وان كان الحلى من غير جنس الثواب يريد بعد أن يفترقا وقبل أن يغيب الحلى لجاز وفى الموازية يكون الثواب على حلى الذهب ورقا وعلى حلى الورق ذهبا فما فى المدونة مبنى على اعتبار التناجز بالقبض فى مجلس الهبة وبحضرتها لانه صرف وما فى غير المدونة مبنى على اعتبار القبض فى مجلس الهبة لانه بمعنى عدم القيمة بعد وفاة الهبة ولذلك قال يثيب عن حلى الذهب ورقا وعن حلى الورق ذهبا والله أعلم وأحكم ص * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الهبة اذا تغيرت عند الموهوب له للثواب بزيادة أو نقصان فان على الموهوب له أن يعطى صاحبها قيمتها يوم قبضها * ش وهذا كما قال ان الهبة للثواب غير لازمة للموهوب له وان قبضها مالم تتغير عنده بزيادة أو نقصان فى عينها فان حدث بها شئ من ذلك فقد فات ردها الى الواهب ولزم الموهوب قيمتها هذا المشهور عن مالك ان الزيادة والنقص فى البدن مما تفوت به الهبة للثواب وتلزم المعطى قيمتها وفى العتبية عن ابن القاسم ان الزيادة لا يلزم بها المعطى قال وقاله مالك ثم قال ابن القاسم النماء والنقص فوت ويجبر الموهوب له على الثواب وروى ابن المواز عن أشهب للموهوب ردها فى الزيادة وانما معنى قول مالك ليس ذلك للموهوب فى النقص ولا للواهب فى الزيادة ورواه ابن وهب عن مالك وأخذ به ابن عبد الحكم وقال ليس الرد الا باجتماعهما زادت أو نقصت وجه القول

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الهبة اذا تغيرت عند الموهوب له للثواب بزيادة أو نقصان فان على الموهوب له أن يعطى صاحبها قيمتها يوم قبضها

الأول انه انما لزمته الهبة بالقبض لانه ضامن لما ذهب منها وكذلك تكون الزيادة له فيمنعه من الرد كالبيع ووجه القول الثاني ان العقد لما كان لازما في جنبة المعطى دون المعطي وكانت الزيادة للمعطي كان له تركها ويرد العطية وأما النقص فهو اتلاف بعض العطية فليس له أن يردها ناقصة فلزمته بالنقصان دون الزيادة (مسئلة) وأما حوالة الأسواق عند ابن القاسم وأشهب فليست بفوت وقال أصبغ اختلاف الأسواق فيها فوت وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ان الفوت فيها كالفوت في البيع الفاسد في العروض والحيوان والرباع ووجه القول الثاني ان الهبة للثواب تؤل الى اللزوم بالقيمة فكان تغير الاسواق مفيتا لها كالبيع الفاسد ووجه القول الاول أن هذه هبة يجوز ردها فلم يمنع ردها حوالة الأسواق كهبة الأب لابنه على وجه الاعتصار (مسئلة) والبيع فوت فان رجعت الى المعطى قبل أن تحول الأسواق فهو فوت ولا رد له رواه ابن المواز ووجهه على قول أشهب في البيع الفاسد بين واضح وأما على قول ابن القاسم فان ما تفوت به هبة الثواب فما يتم به العقد الصحيح ويكمل بالقبول مع الايجاب في البيع الصحيح وأما البيع الفاسد فانه لا يتم به البيع وانما يرده عما عقد عليه الى وجه من الصحة لعدم الرد وتعذره ولو أمكن ذلك لما وجب امضاؤه فعلى هذا متى وجد ما يفوت به هبة الثواب وتجب به القيمة فقد لزم العقد وتم ولا يثبت بخيار الرد زوال ما فات به ولا عدمه ولذلك لو التزم قيمتها قبل الفوات لزمته القيمة ولو التزم ذلك في البيع الفاسد لم يلزمه والله أعلم وأحكم ووجه ذلك انه مما يفوت به البيع الفاسد ففاتت به هبة الثواب كالزيادة والنقص (مسئلة) (١) الموهوب له لأهبتها فالواهب أحق بها كالبيع الأن يشاء الغرماء أن يعطوه قيمتها ورأيت لبعض أصحابنا أن القيمة قيمتها يوم الهبة قاله ابن القاسم (مسئلة) ومن وهب جارية للثواب فوطئها الموهوب فذلك فوت يوجب عليه القيمة وقال ابن القاسم في العتبية روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه اذا غاب عليها فقد لزمه الثواب وان لم يطأها ولم تتغير

(فصل) وقوله فقد لزمته قيمتها يوم قبضها يريد أنه ليس للموهوب ردها ان اختار ذلك وليس ذلك للواهب قال ابن القاسم الا أن يجتمعا على ردها قال مطرف وذلك اننا اذا قلنا انها تلزم الواهب باللفظ فانها اذا فاتت لزمتهما جميعا وان قلنا لا تلزم الواهب باللفظ فلا خلاف أنها بالفوات قد لزمتهما وان وجد الاختلاف فيما تفوت به فاذا اتفقا بعد الفوات على الرد فان ذلك بمعنى الاقالة في البيع (مسئلة) فان اتفقا على الرد جاز ذلك وكيف صفته قال محمد بعد معرفتهما بما لزم المعطى من القيمة ثم رجع محمد فقال يجوز اذا رضيا بردها وان لم يعرف القيمة لانها هبة (٢) الا أن يوجبها له على قيمتها يريد أن يثيبها منه بالقيمة المجهولة وجه القول الأول ما احتج به محمد ان القيمة مجهولة فلا تجوز المعاوضة بها ووجه القول الثاني وهو قول ابن القاسم ان ردها فسخ العقد الأول فلم يحتج الى معرفة القيمة كالرد بالعيب بعد فوات السلعة بالقبض فان له امساكها بما يلزمه من اليمين بعد طرح ما ينوب قيمة العبد من الثمن قبل العلم بما يلزمه من اليمين بعد طرح ما ينوب قيمة العيب من الثمن قبل العلم بما يلزمه بعد التفويض فبان يجوز ذلك مما لا يحتاج الى تقويم واحد أولى وأحرى

(فصل) وقوله فان على الموهوب له أن يعطيه قيمتها يوم قبضها قال محمد ويوم قبضها أصوب وجه الرواية الاولى أن العقود التي لا تلزم ولا تؤل الى التمليك بزيادة أو نقصان فانما يراعى يوم القبض قيمة المعقود عليه كالبيع الفاسد لان المعطى انما ضمنها بالقبض ووجه الرواية الثانية ان الهبة قد لزمت

الواهب بالقبول فاذا فاتت ولزمت المعطى وجب أن يلزمه بقيمتها يوم لزمت المعطى لان المعطى له أن يأخذها بما فيها من الزيادة قبل القبض فيجب أن يكون عليه نقصها قبل القبض كبيع الخيار اذا رضي مشترط الخيار المبيع فله ما حدث في مدة الخيار من الزيادة وعليه النقص وليس له أن يقول أنا آخذه ويحط عني نقصه في مدة الخيار وانما قال ابن المواز يوم القبض أصوب لان الهبة للثواب بالقبض تأثيرا في لزومها لانها لو بقيت في يد الواهب لم تفت بزيادة ولا نقصان وانما تفوت بذلك اذا حدث عند المعطى في بيع الخيار وانما يستند الخيار الى العقد لا الى القبض ولان المبيع بالخيار انما ينفذ بيعه بالثمن المسمى والهبة للثواب بالقيمة فوجب أن تراعى فيه يوم القبض كالبيع الفاسد

﴿ الاعتصار في الصدقة ﴾

﴿ الاعتصار في الصدقة ﴾ * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه ان كل من تصدق على ابنه بصدقة قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فاشهد له على صدقته فليس له أن يعتصر شيأ من ذلك لأنه لا يرجع في شئ من الصدقة

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه ان كل من تصدق على ابنه بصدقة قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته فليس له أن يعتصر شيأ من ذلك لانه لا يرجع في شئ من الصدقة ﴾ ش وهذا كما قال ان من تصدق بصدقة على ابنه الكبير المالك لأمر نفسه أو الصغير في حجره فليس للمتصدق اعتصارها اذا قبضت وحيزت لان الصدقة لا اعتصار فيها لانها على وجه القربة وما كان من العطية على وجه القربة فلا اعتصار فيه وقد تقدم من قولنا ان العطايا المنفرد بها لازمة بالعقد وانما قال قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته ليذكر أقوى وجوهها في حيازة الابن الكبير لنفسه ثم ذكر أصعب وجوهها وهو أن يتصدق على ابنه في حجره فيقضي على الاشهاد له بالصدقة ولم يذكر الحيازة له فلا اعتصار له في أحد الوجهين لما احتج به من انه لا يرجع في شئ من الصدقة ومعنى ذلك ما يأتي بعد هذا من انه لا يجوز أن يشتري صدقته ويأخذها بعوض فبأن لا يكون له أن يأخذها بغير عوض أولى (مسئلة) فان أتى بلفظ محتمل للقربة وغيرها كالهبة والنحل والعطية فان قرن به ما يقتضي القربة كقوله هبة لله أو لوجه الله أو لطلب الأجر أو لصلة رحمه فقد قال ابن الماجشون لا يعتصر هذا ووجه ذلك ان هذا مال يخرج عن وجه القربة فلا يجوز الرجوع فيه كالصدقة (مسئلة) ومن وهب هبة يريد بها الصلة فقد قال سحنون لا يعتصرها كالصدقة وذلك أن يكون له ابن أو ابنة محتاجان صغير في حجره أو كبير بائن عنه وقد يكون الابن الصغير يصله لما يخاف عليه من الخصاصة وانما يقتضي هبته أو عطيته لابنه الذي في حجره أو البائن عنه اذا كان ذا مال كثير ووجه قول سحنون ان ظاهر هبته ومعناها القربة وذلك يمنع الاعتصار كما لو صرح بانها لله تعالى ووجه القول الثاني انها هبة لم يقترن بها ما يخلصها للقربة فلم يمنع ذلك اعتصارها كالهبة للغني وذلك أن الصلة لا تختص بالفقير بل قد يوصل الغني وغيره فلا يمنع ذلك الاعتصار (مسئلة) فاذا قيد الهبة أو العطية أو النحلة فقال اني قد سلطت عليها حكم الاعتصار فلا خلاف في المذهب في جواز الاعتصار للأبوين ومنع من ذلك أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ما روى النعمان بن بشير ان أباه أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلت ابني هذا غلاما فقال أكل ولدك نحلت مثله قال لا قال فارتجعه فوجه الدليل من ذلك انه قد كان وهب لابنه الغلام ثم أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالارتجاع ولو لم يكن الارتجاع بهبته منه جائزا لما أمره بذلك ومن جهة المعنى ان الابن قد أضيف الى الأب مع ماله في الشرع فكان لذلك تأثير في انتزاع ما بيده كالعبد (مسئلة) ولا يجوز ذلك لغير الأبوين خلافا لأبي حنيفة والدليل على ما نقوله ما روى ابن

عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ودليلنا من جهة المعنى ان من لا يلي ماله الا بتوليه لم يرجع في هبته كالابن يهب أباه (فرع) فاذا ثبت ان الاعتصار جائز في الهبات والعطايا فان أطلق لفظ الهبة أو النحلة فان له أن يعتصر قاله ابن الماجشون وأصبغ في العتبية ووجه ذلك ان هذه عطية لم يقترن بها ما يخلصها للقربة فجاز فيها الاعتصار كالتي شرط فيها الاعتصار ص

(قال وسمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نحلا أو أعطاه عطاء ليس بصدقة ان له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد دينا يداينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيأ بعد أن تكون عليه الديون أو يعطي الرجل ابنه أو ابنته المال فتنكح المرأة الرجل وانما تنكحه لغناه وللمال الذي أعطاه أبوه فيريد أن يعتصر ذلك الأب أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها ويرفع في صداقها لغناها ومالها وما أعطاها أبوها ثم يقول الأب أنا أعتصر ذلك فليس له أن يعتصر من ابنه ولا من ابنته شيأ من ذلك اذا كان على ما وصفت لك) ش قوله الأمر المجتمع عليه عندنا يريد أهل المدينة على ساكنها السلام ثم قال فيمن نحل نحلا أو أعطاه عطاء ليس بصدقة ان له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد دينا خص الولد بذلك لان الظاهر من مذهب مالك انه لا يعتصر الا الأبوين من الابن والابنة صغارا كانوا أو كبارا فأما الجد والجدة فاختلف قول مالك فيهما فروى عنه ابن وهب لا يعتصر ولا يلزمه النفقة ويرث معه الاخوة ولا يكون بيده بضع بنات الابن وروى عنه أشهب ان الجد والجدة يعتصران كالأبوين وبه قال ابن عبد الحكم وجه القول الأول وهو المشهور من المذهب ان الجد لا يلزمه النفقة فلم يكن له الاعتصار كالعم ووجه القول الثاني انه أدلى بالابوة ويقدم في الميراث على الاخوة كالأب (مسئلة) اذا ثبت ان الأم تعتصر فانها لا تعتصر من يتيم قال ابن المواز الهبة لليتيم للاشفاق عليه وخوف ضياعه وهذا معناه الصلة والقربة فلذلك كان حكمها حكم الصدقة وقد روى ابن القاسم عن مالك للاب أن يعتصر وان لم يكن لولده أم وليس للام أن تعتصر اذا لم يكن لولدها أب لان اليتيم من قبل الأب لا من قبل الأم وهذا قول جمهور أصحاب مالك وروى ابن المواز عن أشهب ان اليتيم اذا كان غنيا فان للام أن تعتصر منه كما تعتصر من الكبير قال مالك للام من الاعتصار ما للاب ووجه ذلك انها أحد الأبوين فجاز أن تعتصر وان مات الآخر كالأب (فرع) فاذا قلنا لا تعتصر الأم من اليتيم فوهبت ابنها الصغير في حياة أبيه ثم مات الأب لم يجز لها أن تعتصر وان كبر ولو كبر الابن قبل أن يموت أبوه ثم مات الأب كان لها أن تعتصر لان الصغير قد انقطع عنه الاعتصار (مسئلة) وتعتصر الأم ما وهبت لابنها الكبير لا أب له لانه خرج عن حد اليتم ومعنى ذلك أنه لم يكن يتيما حين الهبة ولا بعدها الى وقت الاعتصار وذلك ان ما ينافي الاعتصار وقت الهبة من اليتم ان وجد قبل الاعتصار منع الاعتصار لانه ينافيه في جميع أحوال الهبة ويخرجها عن حكم الهبة الى حكم الصدقة

(فصل) وقوله فله أن يعتصر ما لم يحدث الولد دينا يداينه الناس به من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه لم يكن للاب أن يعتصر لان ذلك يذهب أموال الناس وقد صار ذلك الحال للموهوب من أجل ذمته التي تعلقت حقوق الناس بها وذلك يمنع الاعتصار (فرع) ولو كان الابن مديانا فوهبه الأب فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان الأب اذا وهب ابنته المزوجة أو ابنه المريض أو المديان لم يعتصر كما لو تقدمت العطية على هذه الحوادث قال أصبغ اذا كانت الحال واحدة كالحال يوم الهبة فله الاعتصار وجه القول الأول ان ما منع الاعتصار اذا حدث بعد الهبة يمنعها اذا كان موجودا وقت

*قال وسمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نحلا أو أعطاه عطاء ليس بصدقة ان له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد دينا يداينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيأ بعد أن تكون عليه الديون أو يعطي الرجل ابنه وابنته المال فتنكح المرأة الرجل وانما تنكحه لغناه وللمال الذي أعطاه أبوه فيريد أن يعتصر ذلك الأب أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها ويرفع في صداقها لغناها ومالها وما أعطاها أبوها ثم يقول الأب أنا أعتصر ذلك فليس له أن يعتصر من ابنه ولا ابنته شيأ من ذلك اذا كان على ما وصفت لك

الهبة كاليتيم ووجه القول الثاني ان دينه لم يتعلق به من أجل الهبة فلا يمنع اعتصارها وانما يمنع الاعتصار دين بسبب الهبة (فرع) واذا وهب الرجل ابنه الكبير الغني الهبة اليسيرة التي يرى انه لا يداين بمثلها فاداّن أو تزوج فقد قال ابن الماجشون ذلك يرفع الاعتصار وقال مطرف عن مالك لا يمنع ذلك الاعتصار وقاله ابن القاسم في العتبية وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من ان تلك الهبة قد قوته على ذلك ووجه القول الثاني انه لم يتعلق بهذه الهبة حق آدمي لانه لم يداين ولم يتزوج من أجلها

(فصل) وقوله أو يعطي الرجل ابنه أو ابنته المال فتنكح المرأة الرجل انما تنكحه لغناه وللمال الذي أعطاه أبوه أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها لمالها وما أعطاها فليس للاب أن يعتصر يريد أن النكاح قد يقصد فيه المال ولذلك روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال تنكح المرأة لدينها ولمالها وجمالها فاظفر بذات الدين تربت يداك فاذا كان المال من اغراض النكاح وكان أحد الزوجين قد تزوج الآخر من أجل عطية أبيه فليس للاب أن يزيل تلك العطية فتبطل زيادة من زاد في نكاحه من أجلها ولو زال النكاح بموت أو طلاق قبل البناء أو بعده فقد روى عيسى عن ابن القاسم لا يعود حكم الاعتصار سواء دخل أو لم يدخل بها ووجه ذلك أن الأب قد عرضه لذلك فاذا تعلقت به حقوق الناس لم يكن له ابطالها كما لو أذن لغيره في التجارة بمال لم يكن للسيد فيه ملك ونص عليه في الموطأ أن حكمه في ذلك حكم الانثى وروى ابن حبيب عن ابن دينار أن نكاح الولد الذكر بعد الهبة لا يمنع الاعتصار وقال لان الولد الذكر دخل في ما المخرج منه بيده ودخلت الابنة فيما المخرج منه بيد غيرها ووجه قول عبد الملك ان حق الزوجة قد تعلق بمال الزوج كما تعلق حق الزوج بمال الزوجة بل تعلق حق الزوجة بمال الزوج أقوى لما فيه من المداينة ولما يجب لها من النفقة والكسوة والسكنى في ماله فان كان نكاح الابنة يقطع الاعتصار فبأن يقطعه نكاح الذكر أولى (مسئلة) ويمنع الاعتصار مرض المعطى فان مات المعطى فروى عيسى عن ابن القاسم انه يمنع الاعتصار ورواه ابن حبيب عن مالك لا يعتصر من مريض ولا يعتصر منه فأما المريض فانه لا يعتصر لانه يعتصر لغيره من الورثة وليسوا بآباء ولا يعتصر الا الأب وأما المريض فلا يعتصر لان حقوق الورثة قد تعلقت بماله كما لو تعلقت حقوق الغرماء بماله لامتنع الاعتصار (فرع) فان زال المرض فهل يعود الاعتصار رواه عيسى عن ابن القاسم يعود حكم الاعتصار بخلاف النكاح والدين قال أصبغ ما زال به الاعتصار من مرض أو غيره يوما واحدا فلا يعود بزواله وجه القول الأول ما احتج به مطرف من ان المرض لم يحدثه الولد والدين والنكاح بسببه فمنع ذلك أن يعود به الاعتصار ووجه آخر وهو ان المرض الذي يؤثر في الهبات انما هو المرض الذي يتصل بالموت وأما المرض الذي يتصل به البرء فلا تأثير له فيها ووجه القول الثاني ان الاعتصار اذا زال بسبب لم يعد بزواله كالنكاح والدين (مسئلة) وتغير الهبة على وجهين في ذاتها وفي قيمتها فاذا تغيرت في قيمتها بتغير الأسواق لم يمنع ذلك الاعتصار قاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ ووجه ذلك ان الهبة على حالها وزيادة القيمة ونقصها لا تعلق له بها ولا تأثير له في صفتها فلم يمنع الاعتصار كنقلها من موضع الى آخر (مسئلة) وأما تغيرها في عينها ونقصها فلا يمنع اعتصارها وقال أصبغ ذلك يمنع اعتصارها وهو الظاهر من قول مالك وابن القاسم ووجه قول مطرف ان نقص الهبة وزيادتها لا يمنع الاعتصار كنقص القيمة ووجه القول الثاني أن تغير حال ذمة المعطى يقطع الاعتصار فبأن يمنعه تغير الهبة في نفسها أولى وأحرى (فرع)

وللاب أن يعتصر ما وهب ابنه وابنته من الدنانير والدراهم الا أن يجعلاها حليا فليس له اعتصارها قاله مالك ورواه سحنون عن ابن القاسم ووجه ذلك ان هذا تغير في الهبة يمنع الاعتصار كالزيادة والنقصان فيها (مسئلة) فان كانت جارية فوطئها الابن فالذى قاله مالك وابن القاسم وأكثر أصحابنا ان الوطء يفسخها وان كانت ثيبا ولم تحمل وقال المغيرة لا يمنع الوطء الاعتصار وبه قال ابن الماجشون وقال ويوقف حتى تستبرأ فان حملت بطل الاعتصار وجه القول الاول ان الوطء غير ما أبيح من تمام ملكه ويكمل كاحد الشريكين يأذن لشريكه في وطء الجارية ووجه القول الثانى ان وطء المعطى لا يوجب الانتزاع كوطء العبد اذا أعطاه اياه سيده (مسئلة) فان خلا بها الابن وادّعى الوطء فانه يمنع ذلك اعتصارها قاله يحيى بن عمر وفى كتاب الاستبراء من المدونة ان للاب أن يعتصرها من ابنه الكبير ويستبرئ اذا غاب عليها ولم يذكر انه ادّعى وطأ والظاهر انه لم يدعه والله أعلم وأحكم ووجه ذلك ان ادعاء الوطء مع امكانه بالخلوة مؤثر في الحكم كالزوج يخلو بزوجته وتدعى عليه الوطء قال القاضى أبو محمد أو يكاتب العبد وعلى هذا عندى يجب أن يكون العتق والتدبير والاستيلاد وفوات العين ببيع أو هبة وأما ما يكال أو يوزن أو يعد فقد قال القاضى أبو محمد ان خلطه الابن بمثله فلا سبيل للاب الى اعتصاره قال لان ذلك جرى مجرى اتلافه وذلك يمنع الرجوع فيه

﴿ القضاء في العمرى ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر بن عبد الله الأنصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لا ترجع الى الذى أعطاها أبدا لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ﴾ ش معنى العمرى هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه فسميت عمرى لتعلقها بالعمر وانما يتناول الاعمار هبة المنافع لا هبة الرقبة وقال النبى صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها يريد والله أعلم انما أعطى من المنافع يكون له ولعقبه ولا تبطل لعقبه بعد موته ولا ترجع بذلك الى الذى أعطاها الا انه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث فوجب أن ينفذ عطيته على ما أعطاها من وجوب التوارث فيها وان يتنقل المنافع الى عقب المعطى بعد موته وهذا كله راجع الى المنافع ومتعلق به دون رقبة الدار لان رقبتها لم يعطها عطاء وقعت فيه المواريث ولا غيره ولا خرجت عن ملكه وفى معنى هذا الحديث ثمانية أبواب * أحدها في معنى العمرى وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يختلف لذلك من أحكامها * والباب الثانى فيمن يصح منه التحبيس ومن يصح عليه وما يصح تحبيسه * والباب الثالث فى دخول العقب مع المعطى أو ترتيبه بعده * والباب الرابع فى معنى العقب والذرية والبنين والمولى * والباب الخامس فى قسمة منافع العمرى * والباب السادس فى استحقاق القسم فيها بالولادة وانتقاله بالموت * والباب السابع فيما يجوز من بيع العمرى والحبس * والباب الثامن فى من تعود اليه منافع العمرى والحبس بعد موت المعمر ومن حبس عليهم

(الباب الاول فى معنى العمرى وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يختلف لذلك من أحكامها)

اذا ثبت أن العمرى هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه فقد سمى الملك عمرى لجواز أن تعلق العمرى بمنافعه وقد روى ابن القاسم عن مالك من أعمر رجلا عمرى له ولعقبه رجعت الى صاحبها ان كان حيا أو الى ورثته يوم مات ان كان ميتا وقال أبو حنيفة

﴿ القضاء فى العمرى ﴾ * مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر ابن عبد الله الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لا ترجع الى الذى أعطاها ابدا لانه اعطى عطاء وقعت فيه المواريث

والشافعي يكون ملكا للمعمر ولعقبه بعده فان مات ولا عقب له فلبيت المال ودليلنا من جهة القياس أن تعليق الملك بوقت معين يقتضي تمليك المنافع دون الرقبة لان تعليق الملك لوقت ينتهي اليه يمنع ملك الرقبة لمالك رقبته بمجيء زيد أو نزول المطر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان للعمرى ألفاظا نحن نبينها ونذكر ما يقرب منها مما يخالفها وذلك اذا كان معنى العمرى هبة المنافع دون الرقبة فان كان ما كان من الألفاظ يقتضي هذا المعنى فان حكمه في ذلك حكم العمرى وان اختلفت في بعض الأحكام ومن ذلك أن يقول أسكنتك هذه الدار عمرى أو وهبتك سكناها عمرك وفي المدونة عن ابن القاسم فيمن قال أسكنتك هذه الدار وعقبك رجعت الى صاحبها وكذلك لو قال هذه الدار لك ولعقبك سكنى وفي المجموعة والموازية عن ابن القاسم وأشهب اذا قال هي لك صدقة سكنى فليس له الاسكناها صدقة دون الرقبة قال محمد حياته (مسئلة) وأما اذا قال هذه الدار حبس على فلان ولم يزد على هذا فقد قال عبد الملك في المجموعة انها عمرى وقال في الموازية هي حبس وروى ابن وهب عن مالك في الحبس على المعنيين لهما بمعنى العمرى وقال في الموازية اختلف فيها قول ابن القاسم وترجح فيها قول مالك فوجه قول مالك انها عمرى بما قدمناه من أن التحبيس انما يقتضي هبة المنافع فاذا قال على فلان اقتضى ذلك اختصاص الهبة دون غيرها من وارث أو غيره وذلك يقتضي أنه انما وهبه المنافع دون مدة عمره وذلك بمعنى العمرى ووجه القول الثاني ان لفظ التحبيس ظاهره يقتضي المنع من رجوع المنافع اليه لان معنى التحبيس أن تكون المنافع محبوسة على وجوه نص عليها أو اخر تعيينها واذا حبسها على فلان انصرفت اليه منافعها عمره فاذا انقضى عمره لم يرجع الى الحبس لانه معنى يمنع ذلك (فرع) اذا ثبت ذلك فان كان المحبس حيا ففي كتاب ابن المواز عن مالك يسأل عما أراد من عمرى أو حبس فيحمل على ذلك ويقبل قوله فيه فان مات قبل أن يسأل فقد اختار ابن المواز أن يعود ميراثا لورثته ويجوز أن يجري في ذلك الخلاف المتقدم لانها مسئلة الخلاف التي قدمناها وانما قبل قوله لما احتمل الوجهين جميعا فكان هو أعلم بما أراد من ذلك فيحمل عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن قال داري هذه حبس لا تباع ولا توهب ما عاش المحبس عليهم ففي كتاب ابن المواز عن مالك انه حبس مؤبد ووجه ذلك ان قوله لا تباع ولا توهب تصريح في تأبيد التحبيس وان كان قد علقه بهذه لان العمرى فيها (١) والبيع اقتضى ذلك التحبيس المؤبد لانه الذي يختص (٢) وقد قال القاضي أبو محمد اختلف أصحابنا في مخرج قول مالك في ذلك فنهم من قال انها على روايتين كقوله حبسا فقط ومنهم من قال على رواية واحدة انها حبس والله أعلم وأحكم ولو قال داري حبس على فلان وولده فان كان ولده معينين مثل قوله داري حبس على فلان وبنيه زيد وعمرو وخالد فهذه المسئلة المتقدمة وان قال مع ذلك وعلى من يحدث له بعد من ولد ففي المجموعة عن عبد الملك انها حبس لتعلقها بمجموعين وان لم يسم الأولاد في قوله هي حبس على فلان وولده أو على فلان وعقبه أو على قوم غير معينين كبني تميم أو قريش أو قال حبسا مؤبدا أو حبسا لا يباع قال ابن عبدوس عن سحنون فهو كما قال لا يباع ولا يوهب أو حبسا صدقة على قوم معينين أو غير معينين فان هذا لم يختلف فيه قول مالك في أنه ترجع منافعه الى المحبس عليهم كما لو قال جعلت داري مسجدا ووجه ذلك ان هذه تقتضي التأبيد فحملت على مقتضاها وأما قوله حبسا صدقة فقد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون هي عمرى ان لم يذكر عقبا ولا يمنع البيع وبه قال ابن كنانة وقال القاضي أبو محمد اختلف أصحابنا في تصريح قول مالك

فى ذلك فنهم من قال انها على روايتين كقوله حبسا فقط ومنهم من قال على رواية واحدة انها ترجع حبسا (مسئلة) ومن قال حبست هذه الدار ولم يزد على ذلك ولم يذكر مطرف الحكم الى معين ولا غيره فانه يصح الحبس ويلزم قاله ابن المواز عن مالك وأشهب خلافا للشافعى فى أحد قوليه لا يصح ذلك وأما من قال دارى هذه عمرى فلا يلزمه شئ حتى يذكر العمرى والفرق بينهما ان لفظ التحبيس أكثر ما يستعمل على وجه القربة ولفظ العمرى لا يستعمل فى القربة فأشبه الصدقة والهبة (مسئلة) وأما لفظ التوقيف فقد قال القاضى أبو محمد ان لفظ التوقيف صريح فى تأبيد الحبس فلا يرجع ملكا أبدا لان مفهوم هذه اللفظة فى العرف التبتل على وجه التأبيد وتمليك المنافع على الدوام (مسئلة) وأما لفظ الصدقة فان أراد به تمليك الرقبة فهو على ما أراد كالهبة وان أراد به معنى الحبس فان كان على معين ولم يقترن به ما يقتضى التأبيد ففيه روايتان على ما تقدم فى الحبس قال ذلك كله القاضى أبو محمد فى معونته قال وذكر ابن عبدوس عن بعض أصحابنا فى الذى يقول ملكى هذا صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل حبسا انه يكون ملكا لآخر العقب من رجل أو امرأة يتصرف فيه بما شاء من بيع أو غيره قال وأكثر أصحابنا يرونه حبسا وجه القول الأول ان لفظ الصدقة وان كان ظاهره تمليك الرقبة الا انه لما علق ذلك بمعين وعقبه علم انه لا يصح أن يملكها الأول منهم لان ذلك يمنع عقبه من ملكها فاقتضى ذلك تمليك الرقبة آخر العقب وهذا الذى حكاه القاضى أبو محمد موجود فى المذهب ففى الموازية عن ابن القاسم عن مالك عن الرجل يقول دارى صدقة على فلان وولده ما عاشوا انها ترجع اذا انقرضوا مرجع الاحباس وروى فى الموازية أشهب عن مالك قال ان لم يبق من العقب الا بنت ان لها بيع الدار وقال ابن القاسم وقد روى صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر أن عمر تصدق بمال له يقال له ثمغ فقال يارسول الله انى استفدت مالا وهو عندى نفيس فأردت أن أتصدق به فقال النبى صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمره فتصدق به عمر فصدقته تلك فى سبيل الله وفى الرقاب والمساكين والضيف وابن السبيل ولذى القربى لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يؤكل صديقه فاستعمل لفظ الصدقة فيما معناه التحبيس ووجه الرواية ان تعليق الصدقة بجماعة ينتقل اليه بعد انقراض بعض بنيه ان المراد بذلك الصدقة بالمنافع دون الرقبة لان الرقبة لا يصح فيها نقلها بالصدقة عن قوم الى قوم وانما يصح ذلك فى المنافع وهذا معنى الحبس والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا الذى قاله اذا عرا لفظ الصدقة عن لفظ التحبيس فان اقترن به ما يقتضى تبتيل الصدقة فهو على ذلك وان اقترن به من صفة المتصدق عليهم أو صفة الصدقة ما يقتضى التخيير فهو على ذلك واذا عرا من ذلك فقد قال القاضى أبو محمد انها لا تكون بمعنى التحبيس لان الصدقة ظاهرها تمليك الرقبة وانما يصرف الى المنافع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الحبس وما فى معناه باى لفظ كان تبقى الرقبة على ملك المحبس وللشافعى ثلاثة أقوال أحدها مثل هذا والثانى ينتقل الى الموقوف عليهم والثالث ينتقل الى البارى تعالى والدليل على ما نقوله ومن جهة المعنى انه بذل المنافع فلا تخرج بذلك الرقبة عن ملك الباذل بالعارية ودليل ثان ان كل ما لا يصح عتقه فلا يجوز زوال الملك عن رقبته ويبقى الملك على منافعه كالحيوان والعروض

(الباب الثانى فيمن يصح التحبيس منه ومن يصح التحبيس عليه ومايصح تحبيسه)

التحبيس فى الأصل جائز يلزم فى الحياة والموت ولا يفتقر الى حكم حاكم والمشهور عن أبى حنيفة انه لايجوز ولايلزم وأصحابه المتأخرون يحكون عنه انه جائز ولكن لايلزم الا بأحد أمرين امابحكم حاكم أو يوصى فى مرضه أو يوقف بعد موته فيصح ويكون من ثلثه كالوصية الا أن يكون مسجدا أو سقاية فان ذلك يلزم ولايفتقر الى حكم حاكم وهذه المسئلة التى كلم فيها أبو يوسف مالكا فى مجلس الرشيد فظهر عليه مالك وقال له هذه أوقاف رسول الله صلى الله عليه وسلم ينقلها أهل المدينة خلفهم عن سلفهم يشير الى الخبر المتواتر فرجع أبو يوسف فى ذلك عن مذهب أبى حنيفة وهذا فعل أهل الدين والعلم فى الرجوع الى الحق حين ظهر وتبين ورأى أصحابه المتأخرون الاعتذار لقوله القديم لما قدمناه والدليل على مانقوله مع ماقدمناه قول الله تعالى ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ومن جهة السنة ماروى نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب أصاب بخيبر أرضا فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال انى أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرنى به قال ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق عمر انه لايباع أصلها ولايوهب ولايورث بل فى الفقراء والأقربين والرقاب وفى سبيل الله والضيف وابن السبيل لاجناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقا غير متمول به ودليلنا من جهة المعنى انه تحبيس عقار على وجه القربة فلم يفتقر الى وصية ولاحكم حاكم كالمسجد والمقبرة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان له فى تحبيس الرباع واعمارها قولا واحدا وهو الجواز وأما الحيوان والعروض ففى الموازية عن مالك انه كره الحبس فى الحيوان وقد قال ابن القاسم فى المجموعة من أعمر دابته أو داره أو عبيده فى حياته جاز ويرجع بعد موته الى ورثته قال ابن القاسم فى العتبية لم أسمع من مالك فى تحبيس الثياب شيأ ولابأس به وقال أشهب ذلك جائز (فرع) اذا ثبت ذلك فان قلنا بالجواز وجب أن يكون ذلك لازما لموافقة الشرع مع كونه من العقود اللازمة وان قلنا بكراهة ذلك ففيه روايتان احداهما الجواز والثانية اللزوم وقال القاضى أبو محمد ومن أصحابنا من قال فى الخيل قولا واحدا وانما الخلاف فى غيرها وروى ابن المواز عن مالك انه كره الحبس فى الحيوان فان وقع أمضاه وان أراد تغييره الى ماهو أفضل للمعين وأحب الى الله تعالى فذلك له وقال أشهب الحبس فى الحيوان لازم على ماشرط كالرباع وجه اللزوم قول النبى صلى الله عليه وسلم ان خالدا حبس أدراعه وأعبده فى سبيل الله ومن جهة المعنى انه أصل يبقى ويصح الانتفاع به كالعقار ووجه القول الثانى ان التحبيس يقتضى التأبيد وذلك مختص بالعقار دون ماينقل ويحول (مسئلة) ولايصح أن يوقف الرجل ملكه على نفسه خلافا لأبى يوسف والدليل على ذلك ان من ملك شيأ بجهة من الجهات لم يصح أن ينقله الى غير تلك الجهة من ملكه كما لو وهب نفسه ماله وقال الشيخ أبو اسحق من حبس على نفسه وعلى جيرانه صح حبسه ودخل معهم وانما يرد ماحبس على نفسه خاصة (مسئلة) ومن قال دارى هذه حبس أو موقوفة ولم يذكر وجها تصرف اليه فان ذلك يحمل على المقصود باحباس تلك الجهة ووجه الحاجة فيها وقال ابن القاسم فى العتبية يكون للفقراء والمساكين قيل له انها بالاسكندرية قال يجتهد الامام فى ذلك ووجهه ان معظم البلاد معظم حاجتها فى اعطاء المساكين لانها أحد وجوه البر وأعمها وأما الثغور فربما كانت الحاجة الى مايصرف فى وجوه الجهاد آكد فينظر فى ذلك الامام فيصرف الاحباس المطلقة الى ماهو آكد

حاجة وأعم وقت عقد التحبيس والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو حبس ذمي دارا على مسجد ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك ورواه معن بن عيسى عن امرأة نصرانية بعثت دينارا الى الكعبة أيجعل في الكعبة قال يرد اليها ووجه ذلك ان هذه أموال هي أطهر الأموال وأطيبها وأموال الكفار أبعد الأموال عن ذلك فيجب أن تنزه عنها المساجد (مسئلة) ولو حبس مسلم على كنيسة فالأظهر عندي ان يرد لانه قد صرف صدقته الى وجه معصية كما لو صرفها الى شرب الخمر واعطائه أهل الفسق (مسئلة) روى عمر بن زياد عن مالك انه كره اخراج البنات من الحبس اذا زوجن وفي رواية ابن القاسم عنه ذلك من عمل الجاهلية ووجه ذلك ما تقدم من المنع من تفضيل بعض البنين بالعطاء لاسيما مع ما فيه من شبه فعل أهل الكفر واحتجت عائشة رضي الله عنها لذلك بقوله تعالى وقالوا ما في بطون هذه الانعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا (فرع) فان وقع ذلك فقد روى ابن القاسم عن مالك الشأن ان يبطل قال الشيخ أبو اسحق ومن أخرجهن عنه بطل تحبيسه وكذلك من شرط ان من تزوجت منهن بطل حقها الا أن يردها راد وينقص ذلك حتى يردها الى الفرائض قال ابن القاسم أرى ان فات ذلك ان يضمن على ما شرط وان كان حيا لم يجز عنه أن يرده ويدخل فيه البنات وروى عيسى عن ابن القاسم نحوه وأنكر هذه الرواية لسحنون والخلاف في هذه المسئلة مبني على ما تقدم من الخلاف فيمن وهب بعض بنيه دون بعض قال ابن المواز وان نقص اذا لم يأت المحبس عليهم وهم كبار فان أبوا لم يفسخ وان كان حيا

(الباب الثالث في دخول العقب مع المعطى)

الاصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه وذلك ان اعطاء المنافع في العمرى أو الحبس لا يخلو أن يكون لغير معينين أو لمعينين وغير معينين فأما غير المعينين فكمن قال أعمرت هذه الدار ولد فلان أو عقبه ففي الموازية والعتبية من حبس على ولده دارا فولد له أولاد فانهم مع الآباء في حياة الأب وكذلك قال مالك في المجموعة وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك انه بمنزلة قوله ولدي وولد ولدي يبدأ بالآباء فيؤثرون وان فضل فضل كان لولد الولد قال عبد الملك كان مالك يؤثر الاعلين وكان المغيرة وغيره يسوون بينهم وهو أحب الي وقال عبد الملك عن أشهب لا يكون الاب أولى مع استواء الحاجة وجه القول الاول ما احتج به عبد الملك قال يقول الله تعالى يوصيكم الله في أولادكم فكان ولد الولد كالولد في ذلك ومن جهة المعنى أن اللفظ يتناولهم تناولا واحدا فوجب أن يتساووا ووجه القول الثاني ما احتج به ابن المواز ان شأن الاحباس أن يؤثر أقربهم من المحبس وكان الاولى أن يحتج بالآية لمالك وابن القاسم ان الآباء يبدؤن في الميراث قوله ولدي يتعدى الى ولد الولد وتمام قوله هذا ان يقول القائلين في بعض أحكامه يقتضي انه اذا قال ولدي فان ذلك يتناول من يكون من ولده ما تناسلوا وكذلك اذا قال ولد ولدي وهو مقتضى قوله صلى الله عليه وسلم أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه (مسئلة) وأما اذا قال قلنا يؤثر الاقرب في قوله ولدي فبأن يؤثر ههنا الأقرب أولى واذا قلنا قوله ولدي فقد تقدم وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فيمن حبس على ولده وأعقابهم ثم بقي بنوه وبنو بنيه فانه يسوي بينهم مع استواء الحال (فرع) بين الاعلون فان ذلك تساوي حال في الحاجة يبدأ الاعلون ويعطى ما فضل فان كانت الحاجة في ولد أوثروا ويكون الأب معهم قاله ابن القاسم وعبد الملك

قال ابن المواز قول ابن القاسم استحسان وقد قال مالك لا يدخل ولد الولد الا في الفضل وشأن الاحباس إيثار الاقرب وكذلك مرجعها وانما قال ابن القاسم يعطى الاب معهم فلئلا ينقطع سبب الاب وان كان غنيا ولو كانت الحاجة في الاب ولم يدخل معهم ولد الولد الا بعد غنى الاب (مسئلة) وأما اذا قال دارى هذه حبس على فلان ثم على ولده أو على فلان بعده ففى المجموعة عن عبد الملك فيمن تصدق على ولده الذين هم أحياء ثم على أعقابهم فهو على قوله فاذا انقرضوا فعلى أعقابهم ولو قال وأعقابهم دخل العقب مع الاعلى ووجه ذلك ان ثم في العطف للترتيب فيقتضى ذلك ان يبدأ الاولون ولا يكون لمن بعدهم شيء الا بعد انقراضهم وأما الواو فهى للجمع فاقتضت التشريك والله أعلم

(الباب الرابع في معنى العقب والبنين والولد والورثة)

قال مالك رواية ابن القاسم عنه في المجموعة ان العقب الولد ذكرا كان أو أنثى وليس ولد البنات عقبا ذكرا كان أو أنثى وقاله عبد الملك قال ابن حبيب عن ابن الماجشون ويجمع ذلك ان كل ذكر أو أنثى أدلت به أنثى فليس بعقب وقاله ابن شهاب * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وأصل ذلك عندى ان عقب الرجل من انتسب اليه وولد البنات لا ينسبون اليه ولذلك لا يقال لعبد الله ابن عباس الهاشمى عبد الله بن الحارث الهلالى وان كانت أمه لبابة بنت الحارث الهلالية ومن كان أبوه من العرب وأمه من الروم لا يقال له الرومى ولا ينتسب الى الروم (مسئلة) فأما الولد فانه اسم يتناول الولد وولد الولد الذكور ذكورهم والاناث اناثهم وقد قال مالك في المجموعة من حبس على ولده وولد ولده لم يدخل فيه ولد البنات لأنه من قوم آخرين لم يدخلوا في المواريث قال عبد الملك وابن كنانة فلذلك لا يدخلون في صدقة الجد في أمهم بهذا الاسم قال عبد الملك والصدقة على الولد والعقب سواء واحتج أشهب لذلك بقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ولا خلاف ان ولد الولد كالولد في رد الام الى السدس ولا تأثير في ذلك لولد البنات قال أبو عبد الله بن العطار هذا قول مالك وكانت الفتوى عندنا يريد بقرطبة ان ولد البنات يدخلون في ذلك وقضى به محمد بن اسحق بن السليم وبه يفتى أكثر من كان في زمانه قال وكذلك الاعقاب يدخل فيه ولد البنات الا في قوله بنى وبنى بنى وولدى وولد ولدى أبين (مسئلة) وأما البنون فانه يتناول الولد وولد الولد ذكورهم واناثهم قال مالك ومن تصدق على بنيه وبنى بنيه فان بناته وبنات بنيه يدخلون في ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن حبس على بناته فان بناته وبنات بنيه يدخلون مع بنات صلبه والذى عليه جماعة أصحابنا أن ولد البنت لا يدخلون في البنين وما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال للحسن ان ابنى هذا لسيد فعلى سبيل المجاز والثناء عليه والاخبار بمحاسنه لا على معنى النسبة واطلاق اللفظ فاذا حبس على نسل فلان قال أبو عبد الله بن العطار انه كقوله ولد ولده على ما تقدم من خروج ولد البنات من ذلك في قول مالك ودخولهم على ظاهر لفظ المحبس (مسئلة) وأما الذرية فقد قال أبو عبد الله محمد بن العطار لا خلاف في دخول ولد البنات في ذلك لقول الله عز وجل ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف الى قوله وزكرياء ويحيى وعيسى فجعل عيسى من ذرية ابراهيم وان لم يكن ولدا بن وانما هو ولد بنت (مسئلة) وأما الآل فهم الأهل قال ابن القاسم آله وأهله سواء وهم العصبات والاخوات والعمات ولا يدخل في ذلك الخالات ومعنى ذلك عندى العصبة أو من كان في قعددهن من النساء وقد قال مالك في من حبس على رجل وعلى أهله أو سقا مسماة من

حائطه فهلك ولد من ولد ذلك الرجل وولد له آخر فانه يدخل فى ذلك الحبس ومار وى عن مالك بن أنس أنه قال فى قول المسلم اللهم صل على محمد وعلى آل محمد ان آل محمد كل تقى واحتج بقوله تعالى أدخلوا آل فرعون أشد العذاب فان ذلك يحمل عليه اللفظ بادلة اقترنت به صرفته عن ظاهره واطلاق اللفظ يقتضى ماقدمناه أولا وهذا المشهور من المذهب وقال الشيخ أبو اسحق ويدخل فى الأهل من كان من جهة أحد الأبوين بعدوا أوقربوا ولو قال على آباء دخل الآباء والأمهات والاجداد والجدات بعدوا أوقربوا وكذلك العمومة قال الله عز وجل نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحق وقد اختلف فى الأخوال والخالات والأختان أن يدخلوا وهذه المعانى انما وردت على سبيل المجاز ومقتضى مذهب مالك حقائقها أو عرف استعمالها الغالب على حقائقها (مسئلة) وأما القرابة ففى الموازية والمجموعة عن مالك من أوصى بمال لاقاربه انه يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد * قال مالك فى العتبية ولا يدخل فى ذلك ولد البنات وولد الخالات وروى ابن عبدوس عن ابن كنانة يدخل فيها الأعمام والعمات والأخوال والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت وروى على بن زياد عن مالك يدخل فيه أقاربه من قبل أبيه وأمه وقال أشهب فى المجموعة ان كل ذى رحم منه من قبل الرجال والنساء محرم أوغير محرم فهو ذوقرابة وقد ذكرت ذلك فى الاستيفاء مستوعبا وبالله التوفيق والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الموالى فقد قال مالك فيمن حبس على مواليه فان موالى مواليه يدخلون معهم وكذلك موالى ابنه وكذلك موالى أبيه وروى عنه وهب يدخل فيه أولاد مواليه وجه القول الأول انهم لاينتسبون اليه ولاهم فى قعدد عصبته ووجه القول الثانى ان العمات والخالات يناسبونه الى أحد جديه وذلك يقتضى القرابة ويلزمه على قوله فى بنات الأخ أن يدخل فى ذلك بنو الخالة الاأن يكون لجنبة الأب قرابة يدخل بها ولد النساء دون جنبة الأم لأن جنبة الأب فى القرابة لهاوجه الاأنه لم يفسر ذلك تفسيرا يتميز به القرابة من غيرها (مسئلة) ولو حبس على قومه أوقوم فلان فقد قال الشيخ أبو اسحق ذلك على الرجال خاصة من العصبة دون النساء واحتج على ذلك بقوله تعالى ياأيها الذين آمنوا لايسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ولانساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن ففرق بين القوم والنساء قال زهير

وما أدرى وسوف إخال أدرى * أقوم آل حصن أم نساء

(مسئلة) فان قلنا انه يدخل فى موالى أمه موالى بنيه وأبيه ففى المجموعة فيمن حبس على مواليه فانه يدخل فيه موالى ولد الولد والأجداد والأم والجدة والاخوة ولايدخل فيه موالى بنى الاخوة والعمومة ولو أدخلت هؤلاء دخلت موالى القبيلة وجه هذا القول الأول ان من يعتق عليه بالتعصيب فان مواليه يدخلون فى اطلاق لفظ موالى المحبس ومن لايعتق عليه بذلك فأخواله لايدخلون فى اطلاق لفظ الموالى (فرع) فاذا قلنا يدخل فيه موالى هؤلاء ففى المجموعة انه يبدأ بالأقرب ويؤثر على الأبعد اذا استووا فى الحاجة وان كان الأقرب غنيا أوثر المحتاج الأبعد عليه وقاله مالك فى العتبية فى موالى الأب والابن

(الباب الخامس فى قسمة منافع العمرى والحبس)

فأما العمرى والحبس الذى تقدم معناه أنه اذا كان على معينين فانهم فيه بالسوية وقد قال فى المجموعة ماحبس على قوم بأعيانهم من دار أو زرع أوثمر نخل فذلك بينهم بالسواء والذكر مثل ما للانثى قال

ابن القاسم فى الموازية من حبس على قوم معينين دون تعقب فان حق الغائب منهم ثابت فى السكنى وحاضرهم وغائبهم سواء وقال ابن المواز وفقيرهم وغنيهم سواء وأما العمرى والحبس على غير معينين ففى المجموعة عن مالك من حبس على قوم وأعقابهم فانه يفضل أهل الحاجة والمسكنة والمؤنة والعيال والزمانة بقدر ما يراه من ولى ذلك وروى ابن المواز عن عبد الملك لا يفضل ذوالحاجة على الغنى فى الحبس الا بشرط من المحبس ووجه القول الأول ان معنى الحبس القربة وايثار ذوى الحاجة يقتضى القربة الا أن يصرف عن ظاهره بشرط والفرق بين هذا و بين الحبس المختص بالمعينين على هذا القول ان من حبس على معينين فقد قصد استيفاءهم والمساواة بينهم واذا أفرد غير معينين وأضافهم الى معينين فقد علم انه لم يقصد الاستيعاب ولا المساواة لانه لا يمكن ذلك فيهم فكان ذلك مقتضى حبسه والله أعلم وأحكم وجه قول عبد الملك ما احتج به من أن المحبس تصدق على ولده وهو يعلم أن منهم الغنى والمحتاج (فرع) اذا ثبت ايثار ذوى الحاجة ففى الموازية لابن القاسم عن مالك فيمن حبس على الفقراء أو فى سبيل الله وابن السبيل وذوى القربى وفى قرابته غنى لا يعطى منه ولكن ذوى الحاجة وفى المجموعة من حبس على قوم وعلى أعقابهم ان ذلك كالصدقة لا يعطى منه الغنى شيأ ويعطى المتوسط بقدر حاله فان كان للأغنياء أولاد كبار فقراء قد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم ومعنى ذلك ما قدمناه من أن ظاهر الحبس ومقتضاه القربة وسد الخلة وذلك مختص بذوى الحاجة وأما المسدد فهو الذى له كفاية ورب ما ضاقت حاله بكثرة عياله وأما ولد الغنى لا مال له فهو فقير واذا بلغ صحيحا فلم يلزم الأب الانفاق عليه فهو من الفقراء وذوى الحاجة (فرع) واذا تساوى أهل الحبس فى الفقر أو الغنى أوثر الأقرب ويعطى الفضل من يليه وان كان الأبعد غنيا أوثر الفقير الأبعد ذكره ابن عبدوس فى المجموعة ووجه ذلك انه لما قصد بالحبس قرابته كان للقريب تأثير فى الايثار الا أن تأثير ذوى الفقر والحاجة أكثر لانه مقصود الصدقات والأحباس وهذا اذا كان عدد المحبس عليهم لا ينحصر ولا يفضل عن فقرائهم شئ فانه يصرف الى الأغنياء وقد رواه عيسى عن ابن القاسم ووجهه أن الحبس لا يختص بالفقراء ولذلك لا يجوز أن يحبس على رجل غنى وانما يؤثر الفقراء فان فضلت فضلة جاز صرفها الى من شرك الفقراء فى معنى الحبس من الأغنياء (فرع) والذكر والأنثى فى الحبس سواء قال ابن حبيب وهو قول مالك وأصحابه الا أن يكون بشرط ووجه ذلك ان لفظ التشريك يقتضى التسوية ولذلك قال الله تعالى فى الاخوة للأم فهم شركاء فى الثلث وسوى بين ذكورهم واناثهم فى ذلك الثلث (مسئلة) واذا قسم الحبس بين أهله من غلة وسكنى فليس على كثرة العدد وليبدأ بأهل الحاجة قال ابن كنانة فى المجموعة ولو بدر الى سكنى الحبس بعضهم فليس ذلك بالبدار ولكن المقدم أحوجهم وأقربهم من المحبس وروى عيسى عن ابن القاسم ان تساووا فى الغنى والحاجة فمن سبق الى سكناها منهم فهو أحق ولا يخرج لمن بقى وليس على عددهم ولكن بقدر كثرة العيال وليس الأعزب فى السكنى كالمتأهل المعقب رواه عيسى عن ابن القاسم فأما ان كان بعضهم غائبا والحاضر أولى منه بالسكنى لان الغائب لا يمكنه سكناه فكان الحاضر أولى به لانه يمكنه الانتفاع به على الوجه الذى حبس عليه ومعنى ذلك أن المعانى المؤثرة فى التقديم الحاجة والقرابة والبدار والحاجة مقدمة فان تساووا فى الحاجة والقرابة فمن بادر الى السكنى كان أحق به وفى معناه ان الحاضر أحق من الغائب لان الحاضر بادر الى السكنى قبله والاعتبار

في ذلك ابتداء السكنى والله أعلم (فرع) فاذا ثبت ان الحاضر أولى بالسكنى من الغائب فعناه أن يغيب قبل أن يسكن فانه اذا قدم لم يخرج له من قد سكن ولا يخرج أحد لأحد الا أن يخرج في سفر انقطاع ولو خرج مسافرا فعرض له بعض ما يعرض للناس من الأسفار كان له أن يكرى مسكنه الى أن يعود ولو انتقل اليه أحد من أهل الحبس رد الى منزله وأخرج من كان دخل فيه قاله مالك واذا سكن بعضهم لحاجته ولحضوره فاستغنى وقدم الغائب فروى ابن القاسم عن مالك في المجموعة لم يخرج أحد منهم لقدوم الغائب ولا الحاجة غيرهم من أهل الحبس والغائب والمسافر كالحاضر في ابتداء القسمة أو بعد ذلك (مسئلة) ومن كان سكن من أهل الحبس مع أبيه فبلغ فان كان قويا يمكنه الانفراد عن أبيه فله مسكنه من الحبس وان لم يتزوج اذا ضاق عليه مسكن أبيه فأما من ضعف عن الانفراد فلا مسكن له الا أن يتزوج فمن تزوج منهم فله حقه في المسكن وهذا في الذكور وأما الاناث فلا مسكن لهن وان بلغن لانهن في كفالة الأب قاله عبد الملك في المجموعة (مسئلة) وأما الكراء والغلات من الثمر وغيره فان حق من انتجع أو غاب لا يسقط حقه من السكنى اذا لم يكن فيه فضل قاله ابن المواز وابن القاسم

(الباب السادس في استحقاق القسم بالولادة وانتقاله بالموت)

وذلك يكون على ضربين انتقال الى من هو من جملة من حبس عليهم وانتقال الى غيرهم فأما الانتقال الى المحبس أو المعمر عليهم فلا يخلو أن يكون ذلك بلفظ الاشاعة أو الابهام فان كان بلفظ الاشاعة فقد روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب فيمن حبس دارا أو حائطا على قوم فمات بعضهم فان ما كان للميت من ذلك راجع الى بقية أصحابه حتى ينقرضوا وذلك في الاحباس كلها من غلة أو سكنى أو خدمة أو دار محبسة كان مرجع ذلك الحبس الى صاحب الأصل أو غيره أو الى السبيل وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان ما لا ينقسم من دار أو عبد فنصيب الميت يرجع على أصحابه ونحوه روى ابن وهب عن مالك قال سحنون وكذلك روى عنه جميع الرواة وقاله المغيرة فيما ينقسم وما لا ينقسم الا ابن القاسم فانه أخذ برجوع مالك في هذا بعينه فقال يرجع على من بقي منهم فيما ينقسم وما لا ينقسم وجه القول الأول ان جميعهم في لفظ العمرى والحبس والتشريك بينهم فيه يقتضي أن يكون لمن يستحق الاسم ويتناوله حتى ينقرضوا ووجه القول الثاني ان كونه مما ينقسم يقتضي اختصاص كل واحد منهم بحصته وذلك يمنع رجوع حصته الى اشراكه ويوجب انقطاع حكم العمرى منها لموته (مسئلة) اذا ثبت ذلك وراعينا ما ينقسم فان مطرفا قال عن مالك في المسكن ان جزأ المحبس الدار بينهم فنصيب الميت راجع الى رب الدار وان جزؤها هم بينهم فنصيب الميت راجع الى أصحابه وقال سحنون ان هذا فيما لا ينقسم لان سكناهم الدار سكنى واحد واختدامهم العبد كذلك قال وقال عبد الملك وما كان من غلة تنقسم أو دار تكترى أو عبيد مخارجين فان نصيب من مات منهم يرجع الى من اليه المرجع وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فيمن حبس خادما على أهل بيت لم يدخل عليهم غيرهم أو على ناس مجتمعين حياتهم فان مات منهم أحد فنصيبه على من بقي ولو كان على رجلين متفرقين هذا على حدة وهذا على حدة فنصيب من مات للمحبس وفي المجموعة والموازية قال محمد وهذا على ما ذكرنا من التفسير الأول ولو جعل ذلك على أهل بيت واحد أو المجتمعين ونصيب كل واحد معروف فلا يرجع نصيب الميت على أصحابه ولو حبسه

على المفترقين وجعل ذلك مشاعا كان نصيب من مات منهم لأصحابه قال سحنون فى العتبية اذا قال غلامى يخدم فلانا يوما وفلانا يوما فهذه قسمة من مات منهما رجع نصيبه الى أصحابه (مسئلة) اذا ثبت مراعاة القسمة فان ظاهر قول سحنون يقتضى مراعاة قسمة المعطى ذلك بينهم فى نفس العطية وهو ظاهر قول مالك وقول ابن الماجشون يقتضى أن المراعى فى ذلك أن تكون العطية مما ينقسم كالعبيد الخارجين والغلة تنقسم والدار تكرى وهو قول العراقيين من أصحابنا وروايتهم عن المذهب والله أعلم (فرع) فاذا قلنا باعتبار قسمة المعطى عند العطية فهذا حكمه اذا بين (فرع) فاذا أبهم فقد روى ابن المواز عن مالك انه على الاشاعة حتى يبين ووجه ذلك ان لفظ الابهام يقتضى الاشتراك والاشاعة فحمل عليه وأما اذا كان على وجه التعيين ومعناه أن يعين الحظوظ فيسمى لكل واحد يوما معينا أو نصيبا مسمى أو سكنى معروفة فان نصيب من مات منهم يرجع الى صاحب المرجع رواه ابن عبد الحكم عن مالك ووجه ذلك أن تعيينه وتعيين نصيبه يقتضى منع الاشتراك ويجعل حكم كل انسان منهم يختص به فاذا توفى استحق ما كان له صاحب المرجع (مسئلة) وهذا اذا كان التحبيس أو التعمير على معينين فان كان على غير معينين مثل أن يقول على فلان وعقبه أو على بنى تميم فهذا ان بقى منهم واحد أخذ جميع الغلة اذ لا منازع له فى صفة التحبيس وقد قال ابن كنانة فيمن حبس على امرأتين وعقبهما فههنا يرجع نصيب الميتة منهما على صاحب المرجع قال الشيخ أبو القاسم من حبس حبسا على رجلين حياتهما ثم لرجل بعدهما فى وجه آخر فمات أحد الرجلين رجع نصيبهما على الآخر وقد قيل يرجع نصيب الميت منهما فى الوجه الثانى والله أعلم وأحكم

(فصل) واذا كان الحبس حائطا فمات أحد من أهل الحبس فلا يخلو أن يموت قبل الابار أو بعده وقبل بدو الصلاح أو بعد بدو الصلاح وقبل القسمة أو بعد القسمة فان مات قبل الابار فقد قال مالك وأصحابه لا شئ له من الثمر ولا لورثته وان مات بعد الابار فقد روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم لا شئ له ولا لورثته من الثمرة وهى لمن ولد بعد الابار وقبل بدو الصلاح وقال أشهب هى لورثته من مات بعد الابار ومن مات قبل الابار فلا شئ له منها ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وفى المعمر يموت وفى الحائط ثمرة قد أبرت انها لورثته وجه القول الاول انه يتعلق بالثمرة مع بقاء الرقبة على ملك صاحبها فوجب أن يتعلق ببدو الصلاح كالزكاة لان من كان من الحبس ذلك الوقت جاز له الانتفاع بأكلها رطبا لانه انتفاع مقصود فلولا استحقاقه للثمرة لمنع الانتفاع بها ووجه قول أشهب انها عطية فوجبت بالابار كالصدقة المبتلة فقد قال مالك وابن القاسم يستحق فيها بالابار فكذلك هذا (مسئلة) وأما بعد بدو الصلاح وقبل القسمة فالذى ذهب اليه مالك وابن القاسم ان من مات منهم بعد بدو الصلاح فنصيبه لورثته ومن ولد بعد بدو الصلاح فلا شئ له من تلك الثمرة وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن حبس على ولد فلان فان الغلة تقسم على من كان حيا أو مولودا يوم تقسم الثمرة وفى المجموعة عن ابن كنانة فيمن حبس على قبيلة انه ان مات بعضهم بعد طيب الثمرة وقبل القسمة فلا حق له ومن ولد قبل القسم قسم له وأما ان حبس على قوم معينين مسمين باسمائهم ممن أدرك طيب الثمرة فحقه فيها ثابت وجه القول الأول ما قدمناه ووجه قول ابن كنانة أن الانتفاع بالغلة انما يكون بعد القسمة والاحباس موضوعة على انها تستحق بامكان الانتفاع كالسكنى (فرق) والفرق بين الصدقة والحبس على قول مالك وابن القاسم ان الصدقة

أقوى لانها معينة ومتعلقة بعينين وأما ما كان على وجه الحبس وتمييز من يستحق الثمرة فانما يكون بعد بدو الصلاح لانه وقت الانتفاع بها والانتجاع لها (مسئلة) ولو كانت أرضا فخربها ثم مات فربها مخير ان شاء أعطى الورثة كراء الحرث أو سلمها اليهم بكرائها تلك السنة ولو مات وفيها زرع فلورثة الزارع ولا كراء عليهم

(الباب السابع في بيع العمرى والحبس)

أصل ذلك ان عقد العمرى والحبس عقد لازم لانه هبة للمنافع بالعمرى والحبس يكون على ضربين أحدهما على غير موجود عند التحبيس والثانى على موجود فاما ان كان على موجود مثل أن يعمر زيدا أو يعمره وعقبه أو يحبس على زيد أو عليه وعلى عقبه واحد ممن أعمر أو حبس عليه موجود عند العمرى فقد امتنع البيع بنفس العقد فان كان جميعهم غير موجودين مثل أن يحبس على ولده ثم هو في سبيل الله فله أن يبيع ما لم يلد فاذا ولد له فلا يجوز له البيع قال ابن القاسم ليس له أن يرجع حتى يؤيس له من الولد ولو أجزت له هذا الأجزت له أن يبيع اذا كان له ولد ثم ماتوا ولم ينتظر أن يولد له غيرهم قال ابن الماجشون بل هو حبس وجه قول مالك ان الحبس لم يتعلق به قبول أحد فيلزم سببه ورعا من ذكر فيه لا يخلو فاذا ولد له فقد تعلق حق المولود به فلم يجز له بيعه ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحبس متوجه الى من يصح وجوده ويتوقع لزوم حقه وعلى ذلك عقد الحبس فليس له نقضه ما لم يؤيس من وجود المحبس عليه لان ذلك يخرج الحبس عن حكمه في اللزوم فاذا يئس منه علم ان الحبس لم ينفذ بصرفه الى من قد ظهر انه لا يوجد ولا يثبت له حق ووجه قول عبد الملك ان عقد الحبس عقد يلزم وان لم يذكر من حبس عليه فلو قال حائطى حبس للزم وأكثر ما في قوله حائطى حبس على ولدى ولا يوجد له ولد أن يكون بمنزلة من لم يذكر المحبس عليه وذلك لازم ويوجب تصرفه الى من قررت الشريعة ردها اليه (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون فقد قال فيمن قال صدقتى هذه على ولدى ولا ولد له فهى حبس تخرج عن يده الى يد ثقة وثمرتها بعد ذلك حبس فان مات قبل أن يولد له رجعت هى وغلتها الى أولى الناس بالحبس يوم حبسها ووجه ذلك انه لما كان عقد الحبس لازما وقد تعلق بمن لا يجوز له لزم اخراجه من يده ليصح الحوز فيه فان حدث له بعد ذلك ولد رد اليه لانه يصح حوزه له وقال غير ابن الماجشون ولا يضر ذلك من مرجعه اليه لان الحوز قد تم فيه (مسئلة) اذا كان الحبس على موجود يوم الحبس أو على غير موجود ثم وجد فقد لزم على قول مالك وليس له بيعه ولا الرجوع فيه فان باعه فقد روى ابن حبيب عن أصبغ فيمن حبس على ولده الصغار أو الكبار ثم من بعدهم على المساكين ثم تعدى فباعه مقابضة أو بعد طول زمان كان البيع منقوضا ويرد الى الحبس ولا ينظر الى توانى هؤلاء في قبضه لانها بعدهم على المساكين فان أعدم باثمن اتبع به ووجه ذلك ان عقد الحبس لازم فلا يحيله عن مقتضاه تعدى المحبس فيه ويجب نقض بيعه ويتبع بالثمن في ذمته كما لو استحقه أجنبى لان ما باعه قد استحق عليه (مسئلة) ومن بنى مسجدا في قرية ثم صلى فيه ثم باعه أو تصدق به على من هدمه وبناه دارا فليفسخ ذلك ويرد الى ما كان عليه من الحبس لان المسجد لله لا يباع ولا يغير قاله مطرف ومعنى ذلك ان المسجد من جملة الاحباس اللازمة بل هى أوكدها لانها خالصة لله تعالى ومضافة اليه لقوله تعالى ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى في خرابها وأما قول مطرف من بنى مسجدا يريد على الصورة المختصة بالمساجد فان ثم هدمه المبتاع وبناه دارا يريد انه نقله الى صورة الدور وقوله

لم يرد بعد الفسخ الى ما كان عليه يقتضى عندى ان للمسجد بنيانا مخصوصا يمنع من يريد التملك من
بنيانه و يمنع من تملكه من استدامة تملكه على هذه الصورة و يمنع من أراد بنيان المساجد من أن
يعدل عنها لما فى ذلك من السيئة وللذريعة الى تملك المساجد وترك تعظيمها والله أعلم وأحكم (فرع)
وقوله من بنى مسجدا فى قرية ثم صلى فيه يريد اباحته لمن صلى فيه فان ذلك مما يلزم به تحبيسه وان كان
لم يتلفظ بالتحبيس ولو تلفظ به للزمه ذلك وظاهر قول مطرف وهو معنى ما فى المدونة انه لا يلزمه لمجرد
البنيان وفى هذا عندى نظر وقد كان يجب أن يلزم لمجرد البنيان لانه لا تتم الحيازة فيه الا باباحته واقام
الصلاة فيه قال أصبغ أبو اسحق اذا خلى بين الناس و بينه فهو ماض ولا يحتاج الى أن يجعل بيد
قيم سواء كان باب المسجد داخل باب داره يغلق عليه أو خارج الباب و يحتمل أن يقال لا يلزم بمجرد
اللسان لمن جوز أن يبنى بمثل هذا البنيان فى داره مسجد النفسه وأهله فلا يكون بذلك حبسا
والله أعلم وأحكم (فرع) وما كان فى المساجد من بيت الماء أو بيت لزيته وحصره وآلته فان ذلك
تبع له وكذلك سلاسله وقناديله و بنيانه وجذوعه ما انكسر منها رد اليه (مسئلة) ومن حبس
حبسا وعليه دين قبل الحبس واستحدث دينا بعد الحبس فقام أهل الدين قال سحنون قد قيل يباع
منها للدين القديم و يدخل معهم أهل الدين الثانى ولا يباع منها غير ذلك وقد قيل اذا دخل معهم
الآخرون بيع للاولين بقدر ما انتقصهم الآخرون ثم يدخل عليهم الآخرون وهكذا أبدا حتى يستوفوا
أو يفرغ الحبس وكذلك لأصحابنا قولان (مسئلة) ولو كان رجلان حبس على كل واحد
منهما حبس منفرد لم يجز لهما أن يتناقلاه وهو كالبيع رواه ابن القاسم عن مالك فى المجموعة ووجه
ذلك انه عقد لازم فلم يصح فيه المبايعة والمناقلة نوع من البيع والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كانت
أرضا محبسة لدفن الموتى فضاقت بأهلها فارادوا أن يوسعوا و يدفنوا و بجانبها مسجد فارادوا أن
يدفنوا فيه ميتا فلا بأس بذلك وذلك حبس كله قاله ابن الماجشون وقال أصبغ عن ابن القاسم فى
مقبرة عفت فلا بأس أن يبنى فيها مسجد وكل ما كان لله فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض ووجه
ذلك ما أشار اليه من أنه اذا كان الحبسان لله تعالى لا يتعلق به حق لغيره فلا بأس بصرف بعضها الى
بعض على الوجه الذى ذكره من نقل المقبرة الى المسجد و يدفن الميت فى المسجد على سبيل التوسع
فاما ما كان للمخلوقين من الحقوق فلا يصح لانه من باب البيع لانه ينقل منفعة أحد الحبسين من مالك
الى مالك غيره و فى مسئلتنا لا ينقل من مالك الى مالك وانما ينقل من وجه منفعة الى وجه آخر وهو كله
لله تعالى (مسئلة) واذا كانت الدور المحبسة حول المسجد واحتاج المسجد الى سعة فلا بأس أن
يشترى دور الحبس ليوسع بها المسجد والطريق لانه نفع عام أعم من نفع الدار المحبسة قاله ابن حبيب
عن مالك قال ابن الماجشون وذلك عندى فى مثل جوامع الأمصار دون مساجد القبائل وقاله
مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ ووجه قول ابن الماجشون ومن معه أن الاحباس انما تغير الى المنافع
العامة دون الخاصة وذلك فى مثل الجوامع وأما مساجد القبائل فانها خاصة و يصح أن يكون فى البلد
الواحد منها كثير فمتى ضاق مسجد بنى بالقرب منه مسجد يتسع فيه ولا يصح ذلك فى الجوامع وأما على
تجويز مالك ذلك فى الطرق فيصح ذلك فى مساجد القبائل وغيرها (مسئلة) وعقد الحبس لازم
مؤبد فلا يجوز بيع شئ من الاحباس خلافا لابن حنبل فى تجويز ذلك ورواه ابن وهب عن ربيعة
والدليل على ما نقوله ما احتج به مالك فانه قال و بقاء احباس السلف دائرة دليل على منع ذلك ودليل
آخر وهو ان ما لا ينقل الحبس عن مقتضاه اذا لم تخرب فانه لا ينقله عن مقتضاه وان خرب كالغصب

(مسئلة) ومن كان له حائط وفيه نخل قد حبست بمائها فغلبت عليها الرمال حتى أبطلت وفى مائها فضل فقد قال مالك فى الموازية وغيرها لا يباع فضل ذلك الماء وليدعه بحاله وان غلبت عليها الرمال وروى ابن القاسم عن مالك لا تباع الدار المحبسة وان خربت وصارت عرصة وقد قال فى الموازية ما خرب من الحبس وانتقل الى أهل تلك الناحية وبطل الموضع وأراد أهله بيعه والانتفاع بثمنه بما هو أفضل منه انه لا يجوز فى الرباع بحال قال الشيخ أبو اسحق ولا ينافى الوقف وان خرب ما خوا اليه وقد تعود العمارة بعد الخراب (فرع) قال الشيخ أبو اسحق لا يباع بعض الوقف ومن أصحابنا من يرى بيعه ولست أقول به (مسئلة) وهذا فى الرباع والأصول الثابتة التى لا تنتقل ولا تحول فاما ما ينقل كالحيوان والثياب فقد قال مالك فى المجموعة فى الفرس المحبس يضعف فلا يبقى فيه قوة للغز ولا بأس ببيعه ويجعل ثمنه فى آخر قال ابن القاسم وان لم يبلغ شورك به والثياب تباع ان لم يبق فيها منفعة ويشترى بثمنها ما ينتفع به وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يجوز ذلك ولو كان غير هذا لبطلت الاحباس وجه القول الأول ان هذا فساد بين من صلاحه ولا ترجى عودته الى ما كان عليه وليست كذلك الرباع فانها تعمر بعد الخراب فلذلك لم يجز بيعها ووجه قول ابن الماجشون ان هذا حبس فلم يجز بيعه لعدم الانتفاع به كالرباع (مسئلة) واذا حبس الرجل جزأ مشاعا من دار أو حائط وطلب بعض الشركاء القسمة أو البيع فقال ابن الماجشون ان كان ينقسم بقاسم فاوقع للحبس كان حبسا ووجه ذلك أن الحبس اذا حبس جزأ مما لا ينقسم قد كان حق شريكه ان أراد البيع أن يبيع معه فليس له أن يبطل هذا الحق عليه لتحبيسه (فرع) واذا بيع الحبس بما ذكرناه أولان السلطان اشترى ذلك فأدخله فى موضع أو مسجد فقد قال مالك وابن القاسم يشترى به دور مكانها من غير أن يقضى به عليهم وقال عبد الملك يقضى ولو استحق الحبس فأخذ ثمنه فليصنع به المحبس ما شاء وجه القول الأول انه معنى أوجب اخراج ما حبس عن المحبس والرجوع بثمنه فلم يوجب شراء مثله بذلك الثمن كالاستحقاق ووجه قول ابن الماجشون ان المحبس اذا حبس ما يملك فقد تعلق حق الحبس بتلك العين على اللزوم فاذا وجب اخراج عن ذلك الوجه من الحبس والحبس جملة لزم أن يجعل ثمنه فى بدله لان التحبيس حق لازم وكذلك الاستحقاق فان الاستحقاق قد بين ان الحبس لم يتعلق بتلك العين لان المحبس حبس ما لا يملك فلم يتعلق به الحبس (مسئلة) وأما العمرى فانه يجوز للمعمر أن يشترى به مرجع الدار المعمرة وفى العتبية من سماع ابن القاسم فيمن حبس داره على ولده وابن أخيه حياتهما انه يجوز للمحبس أن يشترى من ابن أخيه مرجعها لانها عمرى

(الباب الثامن فيمن تعود اليه منافع العمرى والحبس بعد موت المعمر والمحبس عليهم)

فأما العمرى والحبس مما حكمه حكم العمرى فانها تعود الى صاحبها الأصلى ان كان حيا فان كان ميتا فالى ورثته يوم مات لانه لم يخرجه عن ملكه اخراجا مؤبدا وانما أخرجه اخراجا مؤقتا كالاجارة وقد قال مالك فى العتبية من سماع ابن القاسم عنه فيمن أعمر دارا أو خادما لفلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل مرجعها اليه ولا الى وجه ذكره فانها ترجع اليه كما لو اشترطه ووجه ذلك ان منافعه لم يملكها مؤبدا وانما أخرج منها شيأ مؤقتا على غير لفظ القربة التى تقتضى التأبيد فبقى الباقى على ملكه (مسئلة) ومن ذلك صدقته على رجل حياته أو على قوم حياتهم فقد قال عبد الملك ترجع الى ربها ملكا والى ورثته ميراثا قال ابن القاسم وكذلك لو أسكن رجلا حياته وأما الحبس المؤبد الذى لم يجعل له مرجعا فقد قال مالك يرجع الى أولى الناس بمن حبسه حبسا عليهم ووجه ذلك انه لما اقتضى

التأبيد لم يرجع عليه قال ابن كنانة لانه رجوع في الصدقة ولم يكن له وجه معين يرجع اليه فرجع الى
أحق الناس بالحبس وذلك أول وجه ينصرف اليه لما يجتمع فيه من الصلة وسد خلة الفقراء وقد
روى أشهب عن مالك في الموازية فيمن تصدق بسهم من حائط على مواليه وعلى أولادهم فانقرضوا
فأحب الى أن يكون صدقة على المساكين وأهل الحاجة لا يرجع ميراثا ونحوه قال مثله فيمن حبس
غلاما على رجل وعقبه لا يباع ولا يوهب فهلك الرجل ولم يترك عقبا يسلك به في سبل الخير موقوفا
(فرع) اذا قلنا انها ترجع الى أولى الناس به يوم المرجع قال عيسى بن دينار عن ابن القاسم فلما
رجع ميراثا ورثه عنه ورثته يوم مات وأما ما رجع حبسا فلا ولا هم به يوم يرجع ووجه ذلك ان ما يرجع
ملكا اليه أو الى ورثته ملكه عليه تام باق لانه انما وهبه منفعته مدة مؤقتة فاذا مات ورثه عنه ورثته
وأما ما خرج عنه على وجه الحبس فقد زال بملكه عن جميع منافعه على التأبيد فلا رجوع له
اليه وانما يرجع على وجه الحبس الى من يستحق ذلك يوم المرجع لانها منافع لا تورث عنه وانما تؤخذ
عنه على وجه الحبس فليأخذها من يستحقها بعد انقراض المحبس عليهم المسمين في الحبس كما لو جعل
لها مرجعا بعد الحبس لم يستحقها من أهل المرجع الا من كان باقيا يوم المرجع دون من انقرض أو من
يأتي والله أعلم (فرع) ومن القرابة الذين يرجع اليهم الحبس قال ابن القاسم عن مالك في العتبية
اذا انقرض من حبس عليهم رجع الى عصبة المحبس في السكنى والغلة وقال عيسى عن ابن القاسم
يرجع الى أولى الناس به من ولد وعصبة وقاله مالك في الموازية (فرع) اذا ثبت أنه يرجع الى العصبة
من الرجال فهل للنساء مدخل في ذلك قال مالك في الموازية يرجع الى أولى الناس بالمحبس حبسا
عليهم رجالا كانوا أو نساء وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية يرجع الى عصبة المحبس قيل له انه
ابنة واحدة قال ليس النساء عصبة انما يرجع الى الرجال وقال أصبغ هي كالعصبة لانها لو كانت رجلا
لكانت عصبة وأرى ذلك كله لها ووجه القول الاول أن الحبس انما يصرف اليهم على وجه الصلة
وسد خلة القرابة والبنت من أحق الناس بذلك ووجه القول الثاني انها ليست بعصبة على الانفراد
فلم تستحق شيأ من ذلك بالقرابة كالخالة (فرع) فاذا قلنا ان للنساء في ذلك مدخلا فقد قال مالك
في الموازية كل امرأة لو كانت رجلا كان عصبة للمحبس فهي ممن يرجع اليه الحبس ولا يدخل فيه
بنو الأخوات ولا بنو البنات ولا زوج ولا زوجة قال ابن القاسم انما يدخل من النساء مثل العمات
والجدات والاخوات للاب أو للاب والام وبنات الأخ ولا يدخل الاخوات للام ذكرا أو أنثى
وتدخل الام وروى أشهب عن مالك لا تدخل الأم وقال عبد الملك لا يدخل فيه من النساء الا من يرثه
وهو من حرم نسبه كالبنات وبنات الأبناء والاخوات وأما الام فلا تدخل فيه لانها ليست من حرم نفسه
وأما العمات وبنات العم وبنات الاخ فلا مدخل لهن فيه وفي العتبية من رواية سحنون عن ابن
القاسم أن الحبس انما يرجع من النساء الى من يرثه دون من لا يرثه من عمة وخالة ونحوهما ووجه قول
مالك أن مكانهن مكان التعصيب وللنساء مدخل في مرجع الحبس فلما كان الرجال يدخلون فيه
بالتعصيب وكان للنساء فيه مدخل ولا تعصيب لهن اعتبر فيه قعدد التعصيب ووجه قول ابن الماجشون
أن من لا مدخل له في الميراث فلا مدخل له في مرجع الحبس كالأجانب وأما الام فان ابن القاسم أدخلها
في مرجع الحبس على ما تقدم من أصله لان موضعها موضع الاب ومنع من ذلك أشهب في روايته عن
مالك لانه لا يتصور فيها أن يكون رجلا بخلاف بنات الاخ والعمات (مسئلة) وسواء كان أهل
المرجع ذكورا أو اناثا قاله مالك في الموازية فان كان أخا وأختا فهو بينهما بالسواء كان كان قد شرط

في حبسه للذكر مثل حظ الانثيين قاله عبد الملك في المجموعة ووجه ذلك انه راجع اليهن بمعنى التشريك في الحبس لا على معنى التوارث (مسئلة) فان كان أهل المرجع بنات وعصبة فهو بينهم ان كان فيه سعة والا فالبنات أولى من العصبة ويدخل مع البنات الأم والجدة للاب دون الزوجة والجدة للام قاله ابن حبيب عن ابن القاسم قال وان رجعت الى اخوة دخل معهم الاخوات وان رجعت الى أعمام دخل معهم العمات وان رجعت الى بني أخ دخل معهم بنات الاخ وان رجعت الى بني عم دخل بنات العم وان رجعت الى ولد المولى المنعم دخل معهم بنات المولى المنعم وكذلك في العصبة الأقرب فالأقرب فان كانوا مواليه فهم عصبة ان لم يكن ثم عصبة أقرب منهم وفي العتبية من سماع ابن القاسم يدخل النساء مع العصبة في السكنى والغلة ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن ابن القاسم انه سمع مكحولا الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ومايقول الناس فيها فقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس الاوهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا * قال يحيى وسمعت مالكا يقول وعلى ذلك الأمر عندنا ان العمرى ترجع الى الذي أعمرها اذا لم يقل هي لك ولعقبك ﴾ ش يحتمل أن يكون مكحول انما سأل القاسم بن محمد عن العمرى لما بلغه فيها من اختلاف الناس و يحتمل أن يسأله عنها لما أشكل عليه حكمها وان لم يبلغه فيها قول لمن يعتبر بقوله فأراد أن يعلم ماعند القاسم من ذلك ليأخذ به أو لينظر فيه وقوله عن العمرى ومايقول الناس فيها يحتمل أن يسأله العمرى ويعلمه بقول الناس فيها وسأله عما يختار الناس من ذلك و يحتمل أن يريد انه سأله عن العمرى وعما عنده من قول الناس الذين لقيهم القاسم أو بلغه قولهم فيها ولذلك أجابه القاسم بما عنده من أقوال الناس فقال ما أدركت الناس الاوهم على شروطهم والظاهر انه أجابه على حسب سؤاله ولو كان سأله عن الحكم خاصة لأجابه بما عنده في ذلك

(فصل) وقوله ما أدركت الناس الاوهم على شروطهم في أموالهم معناه ان المعمر لما شرط استيفاء الرقبة وافراد المنافع بالهبة مدة مقدرة بعمر المعطى أو بعمره وعمر عقبه كان شرطه تاما وكانت عطيته على ماشرط لاتتجاوز ذلك وقد بين ذلك مالك بقوله ان الامر عندنا على ذلك يريد ان الحكم جار عندهم يريد علماء المدينة بأن العمرى ترجع الى الذي أعمرها يريد بعد استيفاء منافعها الموهوبة منها لان العطية انما تعلقت بالمنافع خاصة لما تقدم من لفظ العمرى الذي يقتضي التوقيت

(فصل) وقوله اذا لم يقل هي لك ولعقبك فاذا قال هي لك ولعقبك فان جواب ابن القاسم وتفسير مالك غير متناول لهذا اللفظ فيجب أن ينظر في حكمه وفي الموازية من قال داري هذه لفلان ولعقبه فليس له أن يستهلكها ولا يقطع منفعتها عن عقبه وله غلتها ومنافعها دون ضمان عليه في شئ من ذلك قال محمد لانها دار ولو كانت مالا أو شيأ يغاب عليه لضمن وجه ذلك ان قوله داري هذه لفلان ولعقبه يقتضي التمليك لان ظاهر اضافته اليه يقتضي التمليك وقوله لفلان أو لفلان وعقبه يقتضي أيضا تمليك الرقبة لتضمنه التأبيد ولو اقترن به مايدل على المنافع من قوله عمرى أو سكنى يحمل على المنافع أو وقت ذلك بزمن فقال هي لفلان حياته ولعقبه ما كان منه حتى يحمل على المنافع لان ملك الرقبة لايتوقت (مسئلة) وأما التعقيب فلا يمنع تمليك الرقبة بمجرده لانه يقتضي التشريك في المنافع بين أهل العطية ليصل ملك الرقبة الى آخرهم ولو ملك أولهم الرقبة لجاز أن يفوتها لان ذلك فائدة ملكه لها فلا تصل الى آخرهم ولكنها كلما صارت بيد انسان بقيت عنده مراعاة فان جاء من يستحقها بعده علم أنه ليس هو الذي ملك الرقبة وان لم يأت من يستحقها بعده بأن تكون امرأة فلا

* مالك عن يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم انه سمع مكحولا الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ومايقول الناس فيها فقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس الاوهم على شروطهم في اموالهم وفيما أعطوا * قال يحيى سمعت مالكا يقول وعلى ذلك الأمر عندنا ان العمرى ترجع الى الذي اعمرها اذا لم يقل هي لك ولعقبك

يكون ولدها من العقب أو يكون من الرجال قد بلغ الى حد سن اليأس من أن يولد له كالمجبوب ونحوه فيبين بذلك انه هو الذي قصد بالتمليك فيكون له التصرف فيه بالبيع وغيره ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر ورث من حفصة بنت عمر دارها قال وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمر المسكن ورأى انه له ﴾ ش قوله ان عبد الله بن عمر ورث من حفصة دارها يريد انه ورثها وانتقلت اليه عنها بالميراث وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد ابن الخطاب تلك الدار ما عاشت وهذا معنى العمرى فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله الدار يريد بمعنى الميراث الذي تقدم ذكره لأنه هو كان وارث حفصة يوم توفيت فرأى عبد الله بن عمر انه قد انقطع بذلك حكم العمرى فان ما تقدم فيها من العمرى لم يخرجها عن ملك مورثته ولا منعه من تملكه بالميراث عن حفصة وهذا مذهب مالك رحمه الله وقول جماعة من أصحابه فان سلمه من يخالف ذلك قسنا عليه ما كان عمرى للمعطى ولعقبه وحملناه عليه لأن لفظ العمرى فيه وفي عقبه سواء فاذا لم يملك بالعمرى لمعين فكذلك لا يملك بالعمرى له ولعقبه وان لم يسلموا فهو تفسير حديث النبي صلى الله عليه وسلم ومبين لمعناه ومقرر لحجة مالك فيه والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في اللقطة ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قال فضالة الغنم يا رسول الله قال هي لك أو لأخيك أو للذئب قال فضالة الابل فقال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها ﴾ ش قوله جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة يحتمل أن يكون سأله عن جواز أخذها ويحتمل أن يكون سأله عن حكمها وما يلزم فيها وما يجوز لمن أخذها فأما جواز أخذها فقد روى نافع عن ابن عمر أنه كان يمر باللقطة فلا يأخذها وفي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك انه قال لا أحب أن يأخذها من وجدها الا أن يكون لها قدر وقال في موضع آخر أو لذي رحمه وأما الشيء الذي له بال فأرى له أخذه وروى عنه أشهب أما الدنانير وشيء له بال فأحب الي أن يأخذه وليس كالدرهم وما لا بال له لا أحب له أن يأخذ الدرهم ومعنى ذلك ان الشيء الكثير الذي له بال يخاف عليه الضياع ان تركه فأخذه له على وجه التعريف به والحفظ له الى أن يجده صاحبه من أعمال البر وأما الشيء اليسير فانه في الاغلب يؤمن عليه فان من يجده لا يسرع اليه وبقاؤه مكانه أقرب الى أن يعود صاحبه فيجده ولو أخذه الملتقط لتكلف من تعريفه ما عليه فيه مشقة وربما ضيع ذلك لقلة اللقطة وتفاهتها وان العادة جارية بأن من سمع خبرها لا يكاد أن يبلغه ولا يتحدث بخبره بخلاف اللقطة التي لها بال فان العادة جارية بأن من سمع خبرها غفلة تحدث به حتى يصل خبرها الى صاحبها وأما من التقط مثل المخلاة أو الدلو أو الحبل أو شبه ذلك فقد قال مالك في العتبية ان كان في طريق وضع ذلك في أقرب الاماكن اليه يعرف به وان كان في مدينة فلينتفع به ويعرفه وأحب الي لو تصدق به فان جاء صاحبه أداه اليه وفي سماع أشهب فيمن وجد العصا أو السوط قال لا يأخذه فان أخذه عرفه فان لم يعرفه أرجو أن يكون خفيفا ولو وجد بقرية عرف بها فان عرفت والا تصدق بها وضمن قيمتها لربها ومعنى ذلك انه اذا كان بطريق وضع ذلك في أقرب الاماكن اليه يعرف به لأن ذلك هو الموضع

الذى يمكن صاحبه أن يطلبه فيه بنفسه أو بوصيته وعليه يسلك من يسمع التعريف ممن يمضى الى موضع صاحب اللقطة فى الاغلب فيكون أقرب الى معرفة صاحبه به وأما ان كان بمدينة فلا يخرج اللقطة عنها لأن صاحبها بها يطلبها كان منها أو غيرها وأباح له الانتفاع بها ان كان ذلك لا يتلفها ولا ينقصها قبل الحول وأما بعد الحول فعلى وجه الضمان لها وقد روى سويد بن غفلة قال كنت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان فى غزوة فوجدت سوطا فقالا الى ألقه قلت لا ولكنى ان وجدت صاحبه والا استمتعت به فلما رجعنا حججنا فمررنا بالمدينة فسألت أبى بن كعب فقال وجدت صرة على عهد النبى صلى الله عليه وسلم فيها مائة دينار فأتيت بها النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها حولا ثم أتيت اليه فقال عرفها حولا ثم عرفتها حولا ثم أتيته فقال عرفها حولا ثم أتيته الرابعة فقال اعرف عدتها ووكاءها ووعاءها فان جاء صاحبها والا استمتع بها وقال بعد ذلك سويد بن غفلة لا أدرى ثلاثة أحوال أو حولا واحدا (مسئلة) فان أخذ اللقطة فان ذلك لا يخلو من أحد وجهين أحدهما أن يأخذها ولا يريد التقاطها والثانى أن يأخذها ملتقطا لها فأما الاول فان يجد ثوبا فيظنه لقوم بين يديه فيأخذه فيسئلهم عنه فلا يدعونه فهذا الذى له رده حيث وجده ولا ضمان عليه فيه قاله ابن القاسم ورواه ابن وهب عن مالك لأنه لم يصر فى يده ولا تعدى عليه وانما أعلم به من ظن أنه له ولم يلتزم فيه حكم اللقطة والوجه الثانى أن يأخذها ملتقطا لها وبذا قد لزمه عند ابن القاسم حفظها وتعريفها فان ردها بعد ان أخذها قال ابن القاسم يضمنها وقال أشهب لا يضمنها ان ردها فى موضعها بقرب ذلك أو بعده فلا شهادة عليه فى ردها وعليه اليمين لردها فى موضعها فان ردها فى غير موضعها ضمن وجه القول الاول أن النبى صلى الله عليه وسلم حكم عليه بالتعريف بها فان جاء صاحبها أداها اليه ولم يقل له اتركها فى موضعها كما قال فى ضالة الابل مالك ولها ولأنه لما قبضها ملتقطا لها وقد أزالها عن الغرر الى حالة يؤمن عليها فيها فان ردها الى موضعها فقد أعادها الى الغرر فعليه ضمانها كمن أخرج صبيا لغيره من بئر يخاف عليه فيها الهلاك ثم رده فيها فهلك فانه يضمن أو أخرج ثوبا من النار قبل ان يحترق ثم رده فى النار فاحترق ووجه قول أشهب انه لم يأخذها على وجه التعدى والضمان فاذا أعادها الى موضعها فتلفت فيه فذلك بمنزلة أن يتركها فيه أولا فتلفت فيه فلا ضمان عليه كضالة الابل (مسئلة) ولو دفع الملتقط اللقطة الى غيره يعرفها فضاعت فلا شئ على الملتقط قاله ابن القاسم قال ابن كنانة وكذلك لو قال له اعمل بها ما شئت ووجه ذلك ان يكون دفعها الى مثله فى الثقة والامانة وقد روى ذلك عن ابن القاسم واذا قال له اصنع بها ما شئت وذلك أن يكون دفعها الى مثله فهو قد أعلمه بأصلها فلا يؤثر قوله له اعمل بها ما شئت لأنه ليس للثانى أن يعمل بها الا ما للاول وانما جاز فى اللقطة أن يخرجها عن يده لغير ضرورة ولم يجز ذلك فى الوديعة لأن المودع دفع اليه الوديعة صاحبها ولم يرض الا بامانته فهو متعد ان دفعها الى غيره وأما اللقطة فلم يأخذها باختيار صاحبها فكانت حاله وحال من هو مثله فى الامانة سواء لأن صاحبها لم يعينه لحفظها (مسئلة) ولو ادعى الملتقط ضياع اللقطة فقد قال ابن القاسم لا شئ عليه قال أشهب وابن نافع عليه اليمين قال أشهب وان ادعى صاحبها انه التقطها ليذهب بها فهو مصدق فى قوله التقطتها لاعرف بها فلا يمين ووجه ذلك ان يده يد أمانة فلا ضمان عليه فى الضياع ولا طريق الى معرفة ما فى نفسه من التعريف بها أو غيره فلو ألزمناه اليمين لارتفع أهل العدالة والخير عن حفظ لقطة ليدفع عن نفسه اليمين اذ لا طريق الى دفع ذلك عن نفسه والاطلاع على ضميره فلم يجب عليه يمين

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاءها قال ابن القاسم العفاص الخرقة والخريطة والوكاء الخيط الذي تربط به. وقال عمر بن عيسى الأعشى وعن أشهب في النوادر العفاص والرباط والوكاء ما فيه اللقطة من خرقة أو غيرها والذي قاله ابن القاسم أصح لأن الوكاء في كلام العرب ما يربط به وكذلك روى في حديث أبي المتقدم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له اعرف عدتها ووعاءها ووكاءها فجعل مكان العفاص الوعاء وأثبت الوكاء الذي يوكأ به الوعاء فصح انه الخيط الذي يربط به

(فصل) وقوله اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة معناه عندي والله أعلم أن يحفظ صفة العفاص والوكاء ويكتم ذلك لينفرد بحفظه وفي النوادر لابن نافع عن مالك انه قال ينبغي للذي يعرف اللقطة أن لا يريها أحدا ولا يسميها بعينها ولا يقول من يعرف دنانير أو دراهم أو حليا أو عرضا لكن يعمي ذلك لئلا يأتي مستحل فيصفها بصفة المعرف فيأخذها ويبين ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها ولم يقل ثم عرف بذلك ولا ابرزها وأظهرها ولو جاز له أن يذكر صفتها لما احتاج الى حفظ العفاص والوكاء ولأغنى عن ذلك اظهارها والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ثم عرفها سنة قدر في حديث زيد بن خالد مدة التعريف بالسنة وفي حديث أبي انه أمره بذلك ثلاث مرات ثم شك في ثلاثة أو واحدة فان ثبتت الأعوام الثلاثة في حديث أبي دون شك فلم يأمره كل مرة الا بالتعريف سنة ومعنى ذلك أن يكون الأصل حديث زيد بن خالد الجهني لانه سالم من الشك وحديث أبي شك فيه الراوي والثاني أن يجمع بين الحديثين فان السائل في حديث زيد بن خالد هو أعرابي وكذلك رواه سفيان الثوري عن ربيعة فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالحق الواجب الذي لا يستبيح اللقطة دونه وأبي بن كعب من فقهاء الصحابة وفضلائهم ومن أهل الورع والزهد فندبه النبي صلى الله عليه وسلم الى التوقيف عنها أعواما وان كانت مباحة له بعد أول عام لكن مثل أبي من أهل العلم والورع لا يسرع الى أكل ما هو مباح بل يتوقف عنه ويستظهر فيه ومن جهة المعنى ان الحول قد جعل في الشريعة مدة للاختبار كاختبار العنين وما جرى مجرى ذلك وهذا في الأغلب مما تتصل فيه الأنباء وترد فيه الأخبار والله أعلم وأحكم (مسئلة) وصفة التعريف قال ابن نافع عن مالك يعرفها كل يومين أو ثلاثة وكلما تفرغ ولا يجب عليه أن يدع التصرف في حوائجه ويعرفها

(فصل) وقوله فان جاء صاحبها والا فشأنك بها يريد والله أعلم من تعلم انه صاحبها أو يغلب على ظنك انه صاحبها ببينة أو باخباره عما أمرت بحفظه من صفاتها فادفعها اليه وقال الشافعي لا يدفع الا الى من يقيم بينة بها والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أخرجه البخاري عن سفيان عن ربيعة عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء أحد يخبرك بعفاصها ووكائها والا فاستنفق بها وهذا نص في موضع الخلاف وهذه فائدة حفظ صفة العفاص والوكاء أن يكون من أتى فاخبر عنها بذلك انه صاحبها ودفعت اليه ان الأغلب من حالها انه لا يأتي بصفتها الا صاحبها ومن جهة المعنى انه لا يقدر أحد أن يشهد على كل ما معه من ماله وما يخرج به من نفقته فلم ترد لقطة الا على من يقيم بها بينة لذهب أكثر ذلك بل جميعه فلا يكاد أن يقوم شيء منه ببينة (مسئلة) والمراعى فيما يصف من ذلك صفة العفاص والوكاء والعدد ان كانت دراهم أو دنانير قاله ابن القاسم وأشهب وعند أصبغ العفاص والوكاء وأصل ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي بن كعب اعرف عدتها

و وكاءها وعاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها فأمر باعتبار هذه الثلاثة فمن وصفها استحق اللقطة ومن جهة المعنى ان الغالب من أحوال الناس معرفة صاحبها صفة وعاء الدراهم وصفة الوكاء وكثير من الناس يعرف العدد ان كانت معدودة أو الوزن ان كانت موزونة وظاهر قول أصبغ مبنى على التعلق بحديث زيد بن خالد وليس فيه ذكر العدد (فرع) وهل يلزمه مع هذا يمين أم لا المشهور من المذهب وهو الظاهر من قول ابن القاسم أن لا يمين عليه وقال أشهب ان وصف ذلك كله لم يأخذها الا بيمينه انها له وجه قول ابن القاسم انه ليس هنالك من ينازعه فيها ولا من ينازع عنه فلا معنى لهذه اليمين ولانها لو كانت اليمين تجب لغائب لم يصح الا بأمر حاكم ووجه قول أشهب ان هذا نوع من الاستحقاق من يد مدع (فرع) وهل من شرط دفعها اليه أن يأتى بهذه الصفات الثلاث قال محمد بن عبد الحكم لو أصاب تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر لم يعطها الا فى معنى واحد أن يصف عددا فيوجد أقل وقال أشهب ان عرف منها وصفين ولم يعرف الثالث دفعت اليه وقال أصبغ ان عرف العفاص وحده فليستبرأ فان جاء أحد والا أعطيها وما ذكر فى الحديث اعرف العفاص والوكاء ليس على أن يستحقها الا بمعرفتها كما جاز فى شرط الخليطين أصناف تجرى وان انخرم بعضها فالظاهر من قول أشهب انه لا يعطاها بأقل من وصفين انه أقل ما يعتبر فى الحديث قال الشيخ أبو محمد وقد رأيت لبعض أصحابنا لا يأخذها الا بمعرفة العفاص والوكاء وقول أصبغ ظاهر فى انه يعطاها من أتى بالصفة الواحدة من الصفتين المتقدمتين ولا يبعد أن يكون مذهب ابن عبد الحكم موافقا له لانه انما امتنع من دفعها اليه اذا أخطأ فى الصفة بان وصف شيأ من ذلك بغير صفته وقد اختلف فى هذا قول أصبغ فقال ان قال فى خرقة حمراء وخيط أصفر فوجدت الخرقة حمراء والخيط أسود فقال يستبرأ أيضا أمرها ثم رجع ثم قال هذا كذب نفسه فى ادعائه المعرفة فلا يصدق وانما يصدق لو أصاب فى بعض وادعى الجهالة فى بعض وهذا الذى قال أشهب يدفع اليه لانه قد سمى بعض الصفات وقد قال أشهب لو أخطأ فى صفتها لم يعطها فان وصفها مرة أخرى فأصابها لم يعطها ووجه ذلك ان هذا خارج الى حد التخمين والحزر لانه اذا وصف صفة فأخطأ فلا بد أن يصادف فيأخذ ما ليس له فلذلك يؤخذ بأول قوله ووجه قول أصبغ انها صفات ورد الشرع باعتبارها فجاز أن يقتصر على بعضها كصفات الخلطاء (مسئلة) ولو عرف رجل عفاصها ووكاءها أو وكاءها وحده وعرف آخر عدد الدنانير ووزنها كانت لمن عرف العفاص والوكاء أو الوكاء وحده قاله فى العتبية أصبغ وزاد ابن حبيب عنه انه قال ولكنى أستحسن أن يقسم بينهما كما لو اجتمعا على معرفة العفاص والوكاء وتحالفا فان نكل واحد منهما دفعت الى الحالف وهذا جنوح منه الى الحاق معرفة العدد بمعرفة العفاص والوكاء (مسئلة) وأما معرفة سكة الدنانير أو الدراهم فقد قال سحنون فى كتاب ابنه اذا وصف سكة دنانير اللقطة طالبها لم يستحقها بذلك حتى يذكر علامة فيها غير السكة وقال يحيى بن عمر ما يتبين لى قول سحنون وأرى اذا وصف السكة فى الدينار وذكر نقص الدنانير ان كان فيها نقص فأجاب بذلك انه يأخذها وجه قول سحنون ان السكة اذا كانت واحدة بالبلد فهو بمنزلة أن يقول هى دنانير فهذا لا يستحق به شيأ لان الغالب اذا كانت دنانير أن تكون من سكة البلد الذى لا يجرى فيه غيرها وانما يكون ذلك لو كانت سكة شاذة ليست بمعروفة فيها ولذلك اشترط سحنون زيادة علامة فى دينار من الدنانير مما لا يكون معتادا ولعله هذا الذى أراد يحيى بن عمر أو يكون ببلد فيه سكك مختلفة على أنه اشترط مع ذلك أن يعرف

نقص بعض الدنانير وهذه علامة زائدة على معرفة السكة كالتي شرط سحنون والله أعلم وأحكم
(فصل) وقوله فان جاء صاحبها والافشأنك بها معناه والله أعلم فان جاء صاحبها وهو الذي يصفها أخذها على حسب ماتقدم وهذا اذا كان الذي وصفها واحدا فان وصفها رجلان وتساويا في صفتها حلفا وتقاسماها ومن نكل منهما فهي للآخر فان وصفها أحدهما فأخذها ثم أتى آخر فوصفها قال ابن القاسم لا يدفع الدافع اليه شيأ وقاله أشهب وزاد أنه ان كان الثاني وصفها فلا شئ له وان أتى ببينة والأول واصف فصاحب البينة أحق بها ومعنى ذلك ان الأول قد صارت له يد فاذا تساويا كان أحق بها اليد المتقدمة وان أقام الثاني بينة بالملك فبينة الملك أقوى من اليد والله أعلم وأحكم
(فصل) وقوله فشأنك بها اباحة التصرف فيها لما رآه من انفاق أو صدقة أو التمادى على الحفظ وقد روى البخارى من طريق اسماعيل بن جعفر عن ربيعة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عرفها سنة ثم اعرف وكاءها وعفاصها ثم استنفق بها وان جاء ربها فأدها اليه وروى سويد بن غفلة في حديث أبي أنه أمره بتعريفها حولا بعد حول فدل ذلك على جواز الاستنفاق على معنى الاستسلاف لها وأنه متى أتى صاحبها كان له أخذها ورأى مالك وابن القاسم ان أفضل ذلك أن يتصدق بها فان جاء صاحبها أداها اليه وان لم يأت كان له أخذها الا ان ذلك أنزه وأبرأ من التسرع اليها وترك الاجتهاد في تعريفها ومن استنفقها بعد الاجتهاد في التعريف على ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم فلا اثم عليه ومتى أتى صاحبها أداها اليه قال صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فأدها اليه قال ابن وهب فان مات ولا شئ له فهو في سعة ان شاء الله لان النبي صلى الله عليه وسلم أذن له في أكلها (مسئلة) وهذا في الشئ الذي له مقدار فأما الشئ التافه الذي لا قدر له ويعلم أن صاحبه لا يتبعه فلا تعريف فيه وقد قال أشهب في الذي يجد العصا والسوط يعرفانه فان لم يعرف به فأرجو أن يكون خفيفا ومعنى ذلك أن لا ثمن له الا بعض الدرهم وقال أشهب في الدرهم وما أشبهه لا بأس أن يتصدق به قبل السنة وأصل هذا ما روى طلحة بن مطرف عن أنس قال مر النبي صلى الله عليه وسلم بتمرة في الطريق فقال لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها فأخبر صلى الله عليه وسلم أنه انما امتنع من أكلها مخافة أن تكون من الصدقة ولا تحل له الصدقة ولم يذكر تعريفها (مسئلة) * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي حكم لقطة كل بلد الا مكة فان لقطتها لا تستباح بعد التعريف سنة وعلى صاحبها أن يعرفها أبدا والدليل على ذلك ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم لما فتح مكة قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال انها لا تحل لاحد بعدي لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا تحل لقطتها الا لمنشد فخص مكة بهذا الحكم وحرم ساقطتها على منتفع بها أو متصدق بها وجعلها لمن ينشدها خاصة ومن جهة المعنى ان مكة يردها الناس من كل أفق بعيد فهو في تعريفها أبدا يرجو أن يصل الخبر الى البلاد النائية ويتمكن لمن وصل اليه الخبر أن يرد الخبر لطلبها أو يستنيب في ذلك فأما في سائر البلاد فانه اذا طال أمدها ولم يأت من يتعرفها فان الظاهر ان صاحبها قد انقطع خبره بموت أو بعد لا يرجى والله أعلم وأحكم
(فصل) وقوله فضالة الغنم قال صلى الله عليه وسلم هي لك أو لاخيك أو للذئب قال عيسى بن دينار ان ذلك في القفار أو البعيد من القرى وحيث ان تركها أكلها السبع وهي معنى قوله هي لك أو لاخيك أو للذئب يريد والله أعلم أن صاحبها لا يرجى رجوعه اليها ان أخذتها أنت والا أخذها أخوك من المسلمين أو أكلها السبع ومعنى ذلك والله أعلم اباحة أخذها وأكلها (مسئلة)

اذا ثبت ذلك فان اللقطة على ثلاثة أضرب ضرب يبقى فى يد من يحفظه و يخاف عليه الضياع مع الترك كالثياب والدنانير والدراهم والعروض وضرب لا يبقى فى يد من يحفظه و يخاف عليه الضياع مع الترك كالشاة فى الفلاة فان كانت فى خربة أو موضع يجد من يحفظها فى غنمه فان لها حكم اللقطة التى تبقى يعرفها سنة وضرب ثالث لا يخاف عليها الضياع كالابل فهذا سيأتى ذكره ان شاء الله (مسئلة) ومن وجد شاة بفلاة فنقلها الى عمران فان كان نقلها حية كان حكمها حكم اللقطة يلزمه التعريف وان ذبحها ونقلها فقد قال أصبغ فى العتبية له أكلها غنيا كان عنها أو فقيرا و يصير لحمها وجلدها مالا من ماله فان جاء صاحبها بعد ذلك فلا ضمان عليه الا أن يجد فى يده ذلك فيكون أحق به ووجه ذلك انه قد حازها بالذبح كما لو طبخها وصيرها طعاما قبل أن ينقلها (مسئلة) ومما لا يبقى بيد من يحفظه الطعام الذى لا يبقى من الفواكه والادم فهذا ان كان فى فلاة أو فى غير موضع عمارة فحكمه حكم الشاة توجد بالفلاة لان الشاة وان كانت تبقى فلا يمكن من وجدها أن يقيم عليها ولا أن يحملها وهذا الطعام وان كان خفيفا يمكن من حملها فانه لا يبقى بيد من حمله وكذلك روى ابن حبيب عن مطرف قال وأكله أفضل من طرحه فيضيع وأما ان كان فى الحضر وحيث الناس فيتصدق به أحب الىّ من أكله فان تصدق به لم يضمنه وان أكله ضمنه وقال أشهب أما فى غير الفيافى فيبيعه ويعرف به فان جاء صاحبه دفع اليه ثمنه ليس له غير ذلك وروى ابن مزين عن عيسى فيمن وجد مالا يبقى من الطعام فى فلاة أو حاضرة فعرفه ثم أكله أو تصدق به ثم جاء صاحبه فلا شىء له عليه ووجه ذلك ما قدمناه انه اذا كان بفلاة فلا صنع له فيه الا أكله وذلك خير من تضييع نعمة من نعم الله تعالى وأما ان كان بغير فلاة فانه على قول مطرف يتصدق به ولا يلزمه بيعه لان البيع مما لا يلزم الملتقط وانما يلزمه الحفظ ما أمكنه وعلى قول أشهب يبيعه لانه لما تعذر عليه حفظ عين اللقطة عاد الى حفظ ثمنها لانه بدل منها

(فصل) وقوله للذى سأله عن ضالة الابل مالك ولها يحتمل أن يكون معناه المنع من أخذها وضمانها فان اللقطة انما تؤخذ على معنى الحفظ لصاحبها وهى مما لا يسرع التلف اليها ولذلك قال صلى الله عليه وسلم معها سقاؤها قال عيسى معناه أنها تصبر عن الماء ثلاثة أيام وأكثر حتى تجد سبيلا الى الورود فجعل صبرها عن الماء بمعنى السقاء وحذاؤها قال عيسى معناه اخفافها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها نبه على انها تمتنع من عوادى السباع فى الأغلب وانها مع وردها الماء وأكلها من الشجر الذى لا يعدمها ستبقى بامتناعها الى أن يلقاها ربها فيأخذها والتقاطها يمنع صاحبها من وجودها ويضر به فى طلبها لانه قد يطلبها فى الجبال ومواضع الماء والشجر فان منعت من تلك المواضع لم يجدها ربها ويحتمل أن يكون معنى قوله مالك ولها المنع من التصرف فيها بعد تعريفها لان من التقط ثوبا أو دنانير تكلف حفظها مدة سنة مع خوف الضياع عليها ان لم يأخذها من وجدها فلذلك كان له الانتفاع بها بعد تكلف تعريفها وأما من وجد ضالة الابل فتكلف حفظها فقد تكلف ما يستغنى عنه فيه بل ربما استضر به وان كانت فيه منفعة فنادرة و يسيرة غير مخلصة من مضرة الانفاق عليها فلذلك لم يكن له الانتفاع بعد تعريفها و يحتمل عندى أن يكون معنى قوله صلى الله عليه وسلم فى ضالة الغنم هى لك أو لأخيك أو للذئب فنهى عن أخذها على هذا الوجه وهو ممنوع باتفاق (فرع) فاذا قلنا بالوجه الأول فمعناه انه اذا أبيح للناس أخذها تسرع الى أكلها فى ذلك بالأمراض والخوف عليها ومن أخذها احتاج الى الانفاق عليها وهى اذا كانت فى مواضعها لم يخف

عليها التسرع الى أكلها ولا احتيج الى الانفاق عليها والحفظ لها وهذا كان حكم ضوال الابل فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وفى زمن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما لما كان يؤمن عليها فلما كان فى زمن عثمان وعلى رضى الله عنهما ولم يؤمن عليها لما كثر فى المسلمين ممن لم يصحب النبى صلى الله عليه وسلم وكثر تعديهم عليها أباحوا أخذها لمن التقطها ورفعها اليهم ولم يروا ردها الى موضعها وقد كان عمر بن الخطاب أمر ثابت بن الضحاك بتعريفها ثم أباح له ردها الى موضعها وانما اختلفت الأحكام فى ذلك لاختلاف الأحوال وقد قال مالك فيمن وجد بعيرا فليأت به الامام يبيعه يجعل ثمنه فى بيت المال قال أشهب اذا كان الامام عدلا ومعنى ذلك انه أمن عليها من يتعدى فيها فيتركها فى موضعها أفضل لانه يؤمن عليها ضياعها من غير هذا الوجه ويستغنى عن الانفاق عليها والتمون لها وقصد صاحبها الى ذلك الموضع وتتبع أثرها منه أيسر عليه من طلبها فى الآفاق البعيدة لانه لا يدرى من أواها قريب الدار أو بعيدها فان خاف عليها متعديا يتلف عينها كان أخذها ورفعها الى الامام ينظر فيها لصاحبها أفضل له وآمن عليه والله أعلم وأحكم وهذا معنى ما روى عن عمر بن عبد العزيز يحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور (مسئلة) وأما الخيل والبغال والحمير فقد سئل عنها ابن القاسم لا تؤكل فمن التقطها عرفها فان جاء ربها أخذها وان لم يجئ ربها فأرى أن يتصدق بها وقال أشهب فى كتبه لا تؤخذ الخيل ولا البغال ولا الحمر فان أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها فقال ابن كنانة لا ينبغى لأحد أن يأخذ الدابة الضالة ولا يتعرض لها فالظاهر من قول ابن القاسم اباحة أخذها لانها لا تؤكل ولا تسرع الأيدى الى أكلها اذا أمن حفظها كما يخاف ذلك فى الابل ووجه قول أشهب وابن كنانة انه حيوان يمتنع بنفسه ويبقى دون من يحفظه فلا تلتقط كالابل (مسئلة) وأما البقر ففى المدونة ان كانت بموضع يخاف عليها فهى بمنزلة الغنم وان كانت بموضع لا يخاف عليها السباع ولا الذئاب فهى بمنزلة الابل ونحو ذلك قال أشهب وقال ابن حبيب عن مطرف عن مالك فى ضالة البقر والغنم اذا وجدها بالفلاة فله أكلها ولا يضمنها لربها وان كانت بقرب العمران ضمنها اليه وعرفها فجعلها ابن القاسم بمنزلة الابل اذا لم يخف عليها وألحقها مالك بالغنم فى ضعفها عن الامتناع عند انفرادها وانما يكون فيها بعض المنفعة عند اجتماعها الا أن يكون ايصالها الى العمران أيسر من ايصال الغنم ففى مثل هذا يخالف حكمها حكم الغنم ص ﴿ مالك عن أيوب بن موسى عن معاوية بن عبد الله بن بدر الجهنى ان أباه أخبره انه نزل منزل قوم بطريق الشام فوجد صرة فيها ثمانون دينارا فذكرها لعمر بن الخطاب فقال له عمر عرفها على أبواب المساجد واذكرها لكل من يأتى من الشام سنة فاذا مضت السنة فشأنك بها ﴾ ش قوله انه نزل منزل قوم بطريق الشام فوجد صرة فيها ثمانون دينارا دليل على انه فتحها ونظر اليها وأخبر بذلك عمر ولم ينكر عليه لانه بذلك يصل الى معرفة ما فيها ولذلك لا يضمن اذا وضعها عند غيره ولا اذا رفعها فى موضع يختاره وان كان ذلك كله بغير اذن صاحبها

(فصل) وقول عمر رضى الله عنه عرفها على أبواب المساجد فى سماع أشهب ما أحب رفع الصوت فى المسجد وانما أمر عمر بن الخطاب أن يعرف على أبواب المساجد ولو مشى هذا الذى وجدها الى الحلق فأخبرهم ولا يرفع صوته لم أر به بأسا

(فصل) وأما قوله فاذكرها لكل من يأتى من الشام فانه انما وجدها بمنزل نزله بطريق الشام فكان الغالب على الظن انها لهم أو لمن مر بطريقهم فاذا ذكر لمن يأتى من الشام كان أقرب الى معرفة

مالك عن ايوب بن موسى عن معاوية بن عبد الله بن بدر الجهنى أن اباه أخبره انه نزل منزل قوم بطريق الشام فوجد صرة فيها ثمانون دينارا فذكرها لعمر بن الخطاب فقال له عمر عرفها على أبواب المساجد واذكرها لكل من يأتى من الشام سنة فاذا مضت السنة فشأنك بها

صاحبها بحالها وكذلك ملتقط اللقطة يجب أن يتوخى بتعريفها المواضع التي يغلب على ظنه انه ينتشر منها خبرها ويصل سببه الى صاحبها فيذكر ذلك على أبواب المساجد وبجامع الأسواق فان كان بطريق خص بالسؤال أهل تلك الجهات ومن يمر عليها ولا يترك اعلام غيرهم بها وقوله فاذا مضت السنة فشأنك بها على ما تقدم في حديث زيد بن خالد الجهني ص ﴿ مالك عن نافع أن رجلا وجد لقطة فجاء الى عبد الله بن عمر فقال له انى وجدت لقطة فماذا ترى فيها فقال له عبد الله بن عمر عرفها قال قد فعلت قال زد قال قد فعلت فقال له عبد الله بن عمر لا آمرك أن تأكلها ولو شئت لم تأخذها ﴾ ش سؤال نافع بن عمر عن اللقطة التي وجدها على حسب ما يفعل الطلبة ومن يريد التخلص من سؤال علمائهم لاسيما مع اختصاصه بابن عمر فقال له ابن عمر عرفها ولم يحد له مدة سنة ان كانت مما يعرف سنة لئلا يتضمن التحديد اباحة التصرف فيها بعد انقضاء السنة وكان ابن عمر يكره لأهل الورع ومن يختص به التصرف فيها بالأكل لها وقد قال مالك لا أرى لصاحب اللقطة أن يأكلها ولكن يتصدق بها أحب الى ويخبر صاحبها اذا جاء فان شاء أجازها وان شاء غرمها له وانما كره مالك أكلها لئلا يتسرع الناس اليها ولئلا يظن به ذلك ولذلك قال ابن عمر لا آمرك بأكلها ولم يأمره أن يتصدق بها لانه لعله لم يعلم له ما لا يقضي منه صاحب اللقطة اذا جاء ولم يجز الصدقة ومن كان بهذه الصفة فلا يستحب له أن يتصدق بها فان فعل فلا إثم عليه (فرع) فان تصدق بها أو أكلها وجاء صاحبها فطلبها فهو اسوة الغرماء قاله ابن وهب ووجه ذلك انه دين ثابت في ذمته بوجه حق

﴿ القضاء في استهلاك العبد اللقطة ﴾

ص ﴿ قال يحيي سمعت مالكا يقول الامر عندنا في العبد يجد اللقطة فيستهلكها قبل أن يبلغ الاجل الذي أجل في اللقطة وذلك سنة انها في رقبته اما أن يعطي سيده ثمن ما استهلك غلامه واما أن يسلم اليهم غلامه فان أمسكها حتى يأتي الاجل الذي أجل في اللقطة ثم استهلكها كانت دينا عليه يتبع به ولم تكن في رقبته ولم يكن على سيده فيها شئ ﴾ ش ومعنى ذلك ان استهلاك اللقطة قبل تمام السنة ممنوع منه لحق صاحبها فاذا تعدى عليها العبد أو استهلك ففي رقبته قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون سواء أكلها أو أكل ثمنها أو وهبها أو تصدق بها ووجه ذلك ان مأكلها جناية على أي وجه كان فهي في رقبته فاما أن يفتديه بغرم ما استهلك واما أن يسلمه (مسئلة) وأما ان كان مدبرا فقال أشهب والمغيرة اما أن يسلم السيد خدمته يستخدم بقدر ما جنى ثم يعود الى سيده فان مات سيده قبل استيفاء ما عليه عتق في ثلث سيده وأتبع بما بقي وأما أم الولد فعلى سيدها الاقل من قيمتها أو قيمة ما أتلفت وأما المكاتب ففي رقبته اما أن يؤدي قيمة ما استهلك واما عجز ثم يخير سيده بين اسلامه بها عبدا وبين ان يفتديه ويبقى له عبدا

(فصل) وقوله وان أمسكها حتى يأتي الاجل الذي أجل في اللقطة ثم استهلكها كانت دينا عليه ولم يكن في رقبته ولا على سيده يريد ان بمجرد الامساك مدة السنة في العبد يخرجها عن ان تكون جناية تتعلق برقبته وان قال لم أعرفها لأنه لو قال عرفتها لكان مصدقا في ذلك فاذا أنكر التعريف لم يصدق على سيده كما لو أقر بجناية خطأ وأما الحر فانه لا يبيح له الانتفاع بها بعد السنة الا تعريفها في مدة السنة ولو أقامت عنده أعواما لا يعرفها لا يستبيح بذلك انفاقها وكذلك العبد فيما بينه وبين ربه وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم انما أباح هذا بعد تعريف سنة فقال عرفها سنة * قال القاضي

* مالك عن نافع أن رجلا وجد لقطة فجاء الى عبد الله ابن عمر فقال له انى وجدت لقطة فماذا ترى فيها فقال له عبد الله بن عمر عرفها قال قد فعلت قال زد قال قد فعلت فقال عبد الله بن عمر لا آمرك أن تأكلها ولو شئت لم تأخذها

﴿ القضاء في استهلاك العبد اللقطة ﴾

* قال يحيي سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في العبد يجد اللقطة فيستهلكها قبل أن تبلغ الأجل الذي أجل في اللقطة وذلك سنة انها في رقبته اما أن يعطي سيده ثمن ما استهلك غلامه واما أن يسلم اليهم غلامه وان أمسكها حتى يأتي الأجل الذي أجل في اللقطة ثم استهلكها كانت دينا عليه يتبع به ولم يكن على سيده فيها شئ

أبو الوليد رحمه الله وهذه السنة عندى هى من يوم ابتدأ بالتعريف ولا يحتاج فى ذلك الى حكم حاكم لأنه حكم قد تقرر من النبى صلى الله عليه وسلم فى كل ملتقط فى مثل تلك اللقطة والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء فى الضوال ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن ثابت بن الضحاك الانصارى أخبره انه وجد بعيرا بالحرة فعقله ثم ذكره لعمر بن الخطاب فأمره عمر بن الخطاب أن يعرفه ثلاث مرات فقال له ثابت انه قد شغلنى عن ضيعتى فقال له عمر ارسله حيث وجدته ﴾ ش قوله انه وجد بعيرا بالحرة فعقله يريد انه منعه من الذهاب بعقال شده به على حسب ما تعقل الابل والدواب اذا خيف عليها ذلك وهذا حسن له ولعله لم يبلغه حديث النبى صلى الله عليه وسلم بذلك

(فصل) وقوله فذكره لعمر بن الخطاب رضى الله عنه يحتمل وجهين أحدهما انه استفتاه فيما يلزمه فيه وهذا جائز والامام فى ذلك اذا كان من أهل العلم كسائر العلماء ان كانت مسئلة اتفاق وان كانت مسئلة اختلاف فالحكم جار على رأيه والثانى أن يكون رفع الامر اليه لينظر فيه وقد قال مالك من وجد بعيرا فليأت به الامام فيبيعه ويجعل ثمنه فى بيت المال حتى يأتى ربه ولا يوكل بذلك من وجده ليكون الثمن عنده ولكن عند الامام ليكون أمكن لربه اذا أتى وقال أشهب ان كان الامام عدلا رفعها اليه وان كان غير عدل فليخلها حيث وجدها

(فصل) وقوله فأمره عمر أن يعرفه ثلاث مرات يقتضى ظاهره أنه أمره بذلك مرة ففعل ثم سأله فأمره بتعريفه ثانية حتى أكمل ثلاث مرات على حسب ما فعله النبى صلى الله عليه وسلم بأبى بن كعب فقد كان ثابت بن الضحاك من فضلاء الصحابة وممن شهد بيعة الرضوان ويحتمل أيضا أن يكون كرر اللفظ بذلك ثلاث مرات فى وقت واحد اقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم فيما روى عنه أنس انه كان اذا تكلم كرر القول ثلاث مرات ولم يوقت مدة التعريف لأن هذا التعريف لما لم يكن واجبا ولم يتعقبه استباحة ما تعرف بوجه لم تكن مدته موقتة

(فصل) وقول ثابت انه قد شغلنى عن ضيعتى يريد ان حفظه قد شغله عما يتصرف فيه من النظر فى ضيعته فقال له عمر ارسله حيث وجدته وفى العتبية قال مالك أرسل الىّ الحسن بن زيد فسألنى عن رجل أصاب ثلاثة أبعرة ضالة فقال انها قد آذتنى فأمره أن يرسلها حيث أصابها ووجه ذلك ان عقله للبعير وأخذه له على وجه حفظه لصاحبه لا يلزمه به حق الحفظ له كما يلزم ذلك فى اللقطة لحفظه وذلك ان أخذه غير مأمور به ولا فيه منفعة لصاحب البعير فلا يتعلق به حق صاحب البعير ولذلك جاز له أن يرسله حيث وجده وأيضا فان هذا التعريف لم يكن موقتا ولم يقل فيه عرفه سنة كما قال لعبد الله بن بدر حين وجد الثمانين دينارا عرفها سنة لم يتعقبه استباحة اللقطة ولذلك قال لثابت فى البعير رده حيث وجدته وقال لعبد الله بن بدر بعد تعريف سنة شأنك بها وقد روى ابن مزين عن عيسى انه انما أمره بتخليتها حيث وجدها لأنه أخطأ أولا فى أخذها لأن الحديث قد جاء بالنهى عن ذلك ويحتمل عندى ما تقدم أنه نهى عن أخذها لمن أراد تملكها الآن كضالة الغنم ولمن أراد التصرف فيها بعد التعريف كاللقطة ولذلك لم ينكر رضى الله عنه على ثابت أخذ البعير الذى وجده بالحرة وأمره بتعريفه ثم أمره برده الى موضعه الذى وجده فيه فانما منعه من تملكه أولا ومن التصرف فيه بعد التعريف وهذا يقتضى انه حمل حديث النبى صلى الله عليه وسلم فى ضالة الابل على

﴿ القضاء فى الضوال ﴾

* حدثنى مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن ثابت بن الضحاك الانصارى أخبره انه وجد بعيرا بالحرة فعقله ثم ذكره لعمر بن الخطاب فأمره عمر أن يعرفه ثلاث مرات فقال له ثابت انه قد شغلنى عن ضيعتى فقال له عمر ارسله حيث وجدته

ذلك والله أعلم وأحكم وتضمن حديث عمر جواز رد الابل الى موضعها بعد أخذها بخلاف اللقطة
والفرق بينهما من جهة المعنى ان الابل الضالة اذا ردت الى مكانها لم يخف عليها ضياع لأنها ترد الماء
وتأكل الشجر كما قال صلى الله عليه وسلم حتى يلقاها ربها ولقطة الدنانير والدراهم اذا ردت الى
مكانها لم يشك فى ضياعها فكان الملتقط الذى عرفها سنة أولى بها (فرع) وهل يرسلها ببينة
قال مالك فى العتبية ليس له أن يشهد على ارسالها قال ابن نافع وأحب الى أن يشهد على ذلك ووجه
ذلك أنها على الامانة والابل مما لا يغاب عليها وانما حفظها لصاحبها فكان مصدقا فى ارسالها مع انه
يشق الاشهاد على ذلك لأنه اذا أرسلها حيث وجدها وأكثر ما توجد فى الفيافى والقفار البعيدة تعذر
الاشهاد على ذلك ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال
وهو مسند ظهره الى الكعبة من أخذ ضالة فهو ضال * ش قوله رضى الله عنه من أخذ ضالة
فهو ضال قال فى كتاب ابن مزين من رواية أشهب عن مالك معناه مخطئ وهذا على ما قال لان النبى
صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله عن أخذها مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر
حتى يلقاها ربها فمن خالف ذلك فقد أخطأ وضل فى فعله ذلك الا أنه خطأ ليس فيه تعد على صاحبها
اذا لم يبعدها عن موضعها وانما عقلها فى ذلك الموضع وعرفها ثم أرسلها حيث وجدها ولذلك لم يلزم
ضمان الضالة اذا ردها الى مكانها وأما ان تلفت بيده فى وقت حفظها فالظاهر من قول مالك انه
لا يضمنها لانه ليس فى أخذه لها على وجه الحفظ والتعريف اضرار بصاحبها وقد قال مالك انه ان أنفق
عليها الآخذ المعرف لها ثم جاء صاحبها لم يكن له أن يأخذها حتى يؤدى ما أنفق عليها الآخذ لها أنفق
بأمر سلطان أو بغير أمره والظاهر عندى انه ليس بمتعد فى أخذها ليحفظها لصاحبها ويرفع أمرها
الى الامام على حسب ما فعله ثابت بن الضحاك ولو كان متعديا فى ذلك لضمنها وان تلفت بغير فعله
ولأنكر عمر بن الخطاب على ثابت أخذها وقد قال مالك من وجد بعيرا فليأت به الامام فأمره بأخذه
ونقله الى الامام ويحتمل عندى أن يكون معنى قول عمر من أخذ ضالة فهو ضال فمن أخذها متملكا
لها ومسرعا الى أكلها على حسب ما يفعل بضالة الغنم أوفمن أخذها ليعرفها مدة فان جاء صاحبها
والا تصرف فيها بما شاء من الأكل وغيره فهذا الذى يمكن أن يوصف بأنه ضال وبأنه متعد ويضمن
ما تلف بيده والله أعلم وأحكم ص * مالك انه سمع ابن شهاب يقول كانت ضوال الابل فى زمن
عمر بن الخطاب ابلا مؤبلة تناتج لا يمسها أحد حتى اذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم
تباع فاذا جاء صاحبها أعطى ثمنها * ش قوله كانت ضوال الابل فى زمان عمر ابلا مؤبلة يعنى انها
كانت لا يأخذها أحد وان أخذ منها الواحدة مثل ما أخذ ثابت بن الضحاك ممن لم يبلغه النهى أو ممن
بلغه النهى وتأوله على حسب ما قدمناه فكان الأكثر لا يؤخذ فتبقى مؤبلة تتناتج لا يمسها أحد فلما
كان زمان عثمان أمر بتعريفها ثم تباع لصاحبها يعطى ثمنها اذا جاء وذلك والله أعلم لما كثر فى الناس
من لم يصحب النبى صلى الله عليه وسلم من كان لا يعف عن أخذها اذا تكررت رؤيته لها حتى يعلم
انها ضالة فرأى أن الاحتياط عليها أن ينظر فيها الامام فيبيعها ويبقى التعريف فيها فاذا جاء صاحبها
أعطى ثمنها وحمل حديث النبى صلى الله عليه وسلم فى المنع من أخذها على وقت امساك الناس عن
أخذها ويحتمل أيضا انه كان يبيعها اذا يئس من مجىء صاحبها بأن تطول المدة على ذلك وتتناتج
ويخاف عليها الموت فكان فى بيعها على هذا الوجه حفظ لها على صاحبها الا انه كان ينقلها الى الأثمان
التى لا يخاف عليها وقد روى عن مالك انه قال كان على بن أبى طالب قد بنى للضوال مربدا يعلفها فيه

* وحدثنى مالك عن يحيى ابن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال وهو مسند ظهره الى الكعبة من أخذ ضالة فهو ضال * وحدثنى مالك انه سمع ابن شهاب يقول كانت ضوال الابل فى زمان عمر بن الخطاب ابلا مؤبلة تناتج لا يمسها أحد حتى اذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع فاذا جاء صاحبها أعطى ثمنها

علفا لايسمنها ولايهزلها من بيت المال فمن أقام بينة على شئ منها أخذه والا بقيت على حالها لايبيعها واستحسن ذلك ابن المسيب وهذا أيضا يحتمل أن يكون فيما قرب عهده منها ورجا قرب أوبه صاحبها ويحتمل أيضا أن يكون على رضي الله عنه فعل ذلك في الفتنة حيث كان لايأمن عليها أهل الفتنة ولذلك كان يكلف من طلبها البينة لما كان يرى من استحلال بعضهم مال بعض ولعل البينة التي كلف هي أن يصفها بصفتها أو كلفه البينة ان أراد أن يأخذها من وقته دون تثبت ولا استيناء

(فصل) وقوله كان ينفق عليها من بيت المال ولم يذكر انه كان يرجع على من اعترفه بما أنفق عليه من بيت المال فيحتمل أن يكون له أن يترك ذلك لهم لان بيت المال لمصالح المسلمين وكان هذا أيضا من مصالحهم لاسيما ادعته الضرورة الى أخذها وعلفها ولم يكن له أن يتركها ترد الماء وتأكل الشجر كما قال صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن يكون كان يرجع عليهم به وقد قال مالك في الآبق يتوقف به سنة ينفق عليه الامام من بيت المال فان جاء صاحبه فهو فيما أنفق عليه بمنزلة الأجنبي وان لم يأت صاحبه بعد السنة باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق عليه وجعل ما بقي في بيت المال ووجه ذلك انه لابد له من نفقة لانه لايستغني بورق الشجر كما تفعله الابل فان أنفق عليه أكثر من حول تلف ثمنه فلزم التوقف به حولا ثم يبيعه بعد ذلك وفي النوادر قال ابن كنانة لاينبغي لأحد أن ينفق على الدابة الضالة ولا يأخذها ولا يعرض لها لان النفقة عليها سبب الى اخراجها من يد صاحبها وربما جاوزت النفقة ثمنها وهذا بخلاف العبد الآبق لان العبد الآبق يستخفي عن سيده ويقصد التغيب عنه بخلاف الابل والدواب فانها لاتقصد ذلك وقد قال مالك في المدونة في الآبق يباع بعد السنة وليس بمنزلة ضالة الابل لانه يأبق ثانية والله أعلم وأحكم

﴿ صدقة الحي عن الميت ﴾

ص ﴿ مالك عن سعيد بن عمرو بن شرحبيل عن سعيد بن سعد بن عبادة عن أبيه عن جده انه قال خرج سعد بن عبادة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض مغازيه فحضرت أمه الوفاة بالمدينة فقيل لها أوصي فقالت فيم أوصي انما المال مال سعد فتوفيت قبل أن يقدم سعد فلما قدم سعد بن عبادة ذكر ذلك له فقال سعد يارسول الله هل ينفعها أن أتصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقال سعد حائط كذا وكذا صدقة عنها لحائط سماه ﴾ ش قول سعد هل ينفعها يارسول الله أن أتصدق عنها يقتضي والله أعلم منفعة الأجر في الآخرة من زيادة الحسنات وتكفير السيئات فقال صلى الله عليه وسلم نعم بمعنى ان ذلك ينفعها وهذه الصدقة وان لم يقترن بها نية منها فقد قضى صلى الله عليه وسلم ان ذلك ينفعها وقد أجمع العلماء على أن صدقة الحي على الميت جائزة مشروعة مندوب اليها ولعل اتفاقهم كان من أجل هذا الحديث ويحتمل أن يكون انتفاع الميت بهذا على معنى أن المتصدق عنه يهب له أجر تلك الصدقة بعد أن وقعت الصدقة عن المتصدق ويحتمل أن يكون أوقع الصدقة على الميت وقد يكون من الأجر ما يثبت للانسان بعد موته في حياته من غير نية ولا معرفة كما يدخل عليه أجر من يغتابه وأجر من يأخذ ماله وان لم يعلم هو بشئ من ذلك وقد روى مسروق عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا تصدقت المرأة من طعام زوجها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت ولزوجها بما كسب وللخازن مثل ذلك لاينقص بعض أجر بعض شيأ ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا قال لرسول الله صلى الله

﴿ صدقة الحي عن الميت ﴾

* حدثني مالك عن سعيد ابن عمرو بن شرحبيل عن سعيد بن سعد بن عبادة عن أبيه عن جده انه قال خرج سعد بن عبادة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض مغازيه فحضرت أمه الوفاة بالمدينة فقيل لها أوصي فقالت فيم أوصي انما المال مال سعد فتوفيت قبل أن يقدم سعد فلما قدم سعد بن عبادة ذكر ذلك له فقال سعد يارسول الله هل ينفعها أن أتصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقال سعد حائط كذا وكذا صدقة عنها لحائط سماه

* وحدثني مالك عن هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا قال لرسول الله صلى الله

عليه وسلم ان أمى افتلتت نفسها وأراها لو تكلمت تصدقت أفأتصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ﴾ ش قوله ان أمى افتلتت نفسها معناه والله أعلم ماتت فجأة وأنشدوا فى ذلك

* وكانت منيته افتلاتا * وتقول العرب رأيت الهلال فلتة اذا رأيته من غير قصد اليه ومنه قول عمر بن الخطاب كانت بيعة أبى بكر فلتة وقى الله شرها يريد أنها كانت بغتة من غير روية وقوله وأراها لو تكلمت يريد انه لو علم من نيتها وحسن معتقدها ومسارعتها الى الخير ورغبتها فيه انها لو أمهلت وقدرت على الكلام مع الاشراف على الموت على ما يفعله أكثر الناس فى مرضهم من كلامهم ووصيتهم مع تيقن الموت لشدة المرض لتصدقت ويحتمل انه قد كان علم بذلك من حالها بما أخذت معه فيه وأظهرت اليه العزيمة عليه فاستأذن النبى صلى الله عليه وسلم فى أن يتصدق عنها فاذن له فى ذلك فثبت ان صدقته عنها مما يتقرب به ويحتمل أن يكون قد عرف انه حضرها ثم عجزت عن أدائه وعن قضائه بعد ذلك الى أن توفيت وقد كانت أرادت أن تطعم عن ذلك فسأل النبى صلى الله عليه وسلم ان كان ينفعها الاطعام عنها فاذن له فى ذلك ويحتمل أن يكون ذلك زكاة كانت عليها ولم توص بها وفى الموازية من علم من أبويه تفريطا فى الفرائض قال مالك يطعم عنهما فى الصوم مكان كل يوم مدا ان شاء وليؤد الزكاة عنهما وأما الصلاة فلا شئ فى ذلك ص ﴿ مالك انه بلغه أن رجلا من الأنصار من بنى الحارث بن الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجرت فى صدقتك وخذها بميراثك ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم قد أجرت فى صدقتك وخذها بميراثك يقتضى ان أخذ صدقته لا يبطل برجوع ما تصدق به اليه بالميراث لان رجوعها الى المتصدق بالميراث غير موقوف على اختياره بل بموت المتصدق عليه وهى فى ملكه تدخل فى ملك المتصدق اذا كان يحيط بميراثه وبهذا فارقت سواها فانها انما تدخل فى ملكه باختياره أو اختيار من جعل ذلك اليه وعلى تجويز ذلك جميع الفقهاء وشذت فرقة من أهل الظاهر فكرهت أخذها بالميراث ورأوه من باب الرجوع فى الصدقة وهذا سهو منهم فان ملكها بالميراث ليس موقوفا على اختياره فيقال له فيه يجوز أو لا يجوز ويجبر على أخذها بما يلزمه فيها من الانفاق عليها والكسوة لها والاسكان فيها فهى بالشرع ثابتة فى ملكه وانما يلزمهم أن يوجبوا عليه اخراجها عن ملكه وهذا باطل باتفاق الفقهاء والله أعلم وأحكم

﴿ الأمر بالوصية ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم ما حق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة يحتمل أن يكون معناه انه ليس حقه أن يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة وانما من حقه تقديم وصيته والتحرز والاستظهار بتقديمها وتحصين ماله عليه بها فاما من لم يكن عليه دين فانه يستحب له ذلك بمعنى تبرئه عنها والوصية بشئ من ماله فى وجوه من ينتفع به فيما تقدم عليه وأما من كانت عليه ديون فقد قال كثير من مشايخنا ان ذلك واجب عليه قال فى النوادر وأما من عليه تباعة أو ما فرط فيه من كفارة وغيرها من زكاة أو غير ذلك بما يوصى فيه فواجب عليه أن يوصى بذلك وانما يرخص فى ترك التطوع * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى أن ذلك على قسمين فأما الديون التى جرت العادة أن تنعقد بها العقود

عليه وسلم ان أمى افتلتت نفسها وأراها لو تكلمت تصدقت أفأتصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * وحدثنى مالك انه بلغه أن رجلا من الانصار من بنى الحارث ابن الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجرت فى صدقتك وخذها بميراثك

﴿ الأمر بالوصية ﴾

* حدثنى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة

وليست مما يتكرر كالديون التي لها قدر الامانات من الودائع والوصايا تكون بيده من مال أيتام أو غير ذلك فانه يجب عليه ذلك واما ما يكون من يسير الديون التي تتكرر وتؤدي في كل يوم وتزيد وتنقص وتتجدد فان ذلك يشق فيها لانه كان يقتضي أن يجدد وصيته في كل يوم ومع الساعات وانما معنى ذلك عندي في الأموال التي تبقى وهذا عندي معنى قوله صلى الله عليه وسلم له شيء يوصي فيه ان حملناه على الوجوب فان لفظ الحق أظهر في الوجوب وان كان يحتمل الندب اذا قال انه حق عليه واذا أضاف الحق اليه وجعله له فهذا أظهر في الندب فان حملناه على الوجوب فالمراد به ما قدمناه من الحقوق التي تكون عليه مما لا يشق تنفيذها والوصية بها وقد يكون معناه له شيء يوصي فيه ما يؤدي منه تلك الحقوق واذا حملناه على الندب فيحتمل أن يريد به الوصية بشيء من ماله في وجوه القرب ويكون معنى قوله له شيء يوصي فيه المال الواسع الذي يحتمل الوصية بالثلث أو أقل قال الله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين قال أهل التفسير الخير المال قال قتادة الخير ألف دينار فما فوق وقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه نحوه وروي عنه انه قال لابن عمر حين قال له أراد أن يوصي وله ما بين السبعمائة الى التسعمائة لا توص فانك لم تترك خيرا فتوصي وفي الجملة ان الوصية لمن لا دين عليه ولا حق لأحد عنده ليست بواجبة وان كانت مندوبا بالهامع اليسار وعلى هذا جماعة الفقهاء ولا خلاف ان الصدقة التي ينفذها في حياته أفضل والأصل في ذلك ما رواه أبو زرعة عن أبي هريرة قال قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم أي الصدقة أفضل قال أن تتصدق وانت صحيح حريص تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان وأما غير الموسر فقد حكى ابن حبيب ان عليا رضي الله عنه قال لعليل ذكر الوصية له لا توص انما قال الله سبحانه وتعالى ان ترك خيرا وأنت لا تترك الا اليسير دع مالك لبنيك وكان ماله من السبعمائة الى التسعمائة وقيل لعائشة رضي الله عنها أيوصي من ترك أربعمائة وله عدة من الولد بنون فقالت ما في هذا فضل عن ولده والأصل في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لسعد بن أبي وقاص انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس

(فصل) وقوله الا ووصيته عنده مكتوبة الوصية تتضمن موصيا وموصى له وموصى به ونحن نفرد لكل نوع من ذلك بابا نبين فيه حكمه ان شاء الله تعالى

(الباب الاول في الموصي)

فاما الموصي فمن شرطه أن يكون عاقلا يريد والله أعلم قد أثبت فيها بالكتاب والاشهاد عليه ما يريد أن يوصي به من حق عليه أو وجه بر يوصي فيه بشيء وفي المجموعة والعتبية من رواية ابن القاسم عن مالك كان من أدركت يكتبون التشهد قبل ذكر الوصية ومازال ذلك من شأن الناس بالمدينة وانه ليعجبني وأراه حسنا قال أشهب في المجموعة كل ذلك لا بأس به تشهد أو لم يتشهد وقد تشهد ناس فقهاء صالحون وترك ذلك بعض الناس وهو قليل وفي المدونة لم يذكر مالك كيف التشهد وروى ابن عون في وصية محمد بن سيرين قال هذا ما أوصى به محمد بن أبي عمرة بنيه وأهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله ان كانوا مؤمنين أوصاهم بما أوصى به ابراهيم بنيه ويعقوب يابني ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وأنتم مسلمون وأن لا ترغبوا أن تكونوا اخوانا للانصار ومواليهم فان العفة والصدق خير وأبقى وأكرم من الرياء والكذب ثم أوصى فيما ترك ان حدث به حادث الموت

قبل أن يعين وصيته ثم ذكر حاجته قال ابن عون فذكرلنا نافع مولى ابن عمر فقال كانت أم المؤمنين توصى بهذا وحدث عن أنس بن مالك انه قال كانوا يوصون انه يشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ان كانوا مؤمنين وأوصى بما أوصى به ابراهيم بنيه ويعقوب يابنى ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وأنتم مسلمون وأوصى انه ان مات من مرضه هذا قال أشهب عن مالك فى المجموعة قيل له ان رجلا كتب فى ذلك أومن بالقدر خيره وشره حلوه ومره قال ماأرى هذا الا وكتب الظفرية والاباطية قد كتب من مضى وصاياهم فلم يكتبوا مثل هذا (مسئلة) فمن كتب وصيته بخطه فوجدت فى تركته وعرف انه خطه بشهادة عدلين فلا يثبت شئ منها حتى يشهد عليها وقد يكتب ولا يعزم ورواه ابن القاسم عن مالك فى المجموعة والعتبية قال ابن المواز عن أشهب ولو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة فليس بشئ حتى يقول انها وصيتى وان مافيها حق وان لم يقرأها وكذلك لو قرؤها وقالوا انشهد انها وصيتك وان مافيها حق وان لم يقرؤها وكذلك لو قرؤها وقالوا انشهد فقال نعم أوقال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز قال ابن المواز عن مالك وان لم يقرأها عليهم فليشهدوا انها وصيته أشهدنا على مافيها ووجه ذلك انه اذا كانت الوصية منشورة يرون ان جميعها مكتوبة ثم نظروا الى تقييد الشهادة فى أثرها فليشهدوا وليس عليهم قراءة الوصية فقد يريد التستر عنهم بما فيها وقد يطول عقد الوصية فيشق على كل شاهد أن يقرأه مع غناه عن ذلك لانه انما يشهد على الموصى بما أشهده فان كان مما يجوز انفاذه أنفذ وان كان مما لا يجوز انفاذه رد فلا شئ فى ذلك على الشاهد وكذلك سائر العقود والسجلات الا أن يكون من الاستدعاآت التى تتقيد على علم الشهود فهذا يلزمه أن يقرأ جميع ذلك ويفهمه لانه يخبر عن جميعه انه فى علمه وعلى ذلك يكتب شهادته فيلزمه أن يتصفحه ليعلم أن جميعه فى علمه ومما يصح له أن يشهد به (مسئلة) ومن كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا على مافيها فكتبوا اشهاداتهم ثم مات ففى العتبية والموازية من رواية أشهب عن مالك ان لم يشك الشاهد فى الطابع فليشهدوا ان شك فلا يشهد اذا لم يكن الكتاب عنده حتى يتيقن انه خاتمه بعينه ولم يفض وأجودهم عندى شهادة الذى الوصية فى يديه والآخرون يشهدون بمبلغ علمهم ويحملون ماتحملوا وقال أيضا وأما الآخرون فلا أدرى كيف يشهدون وكذلك روى ابن القاسم عن مالك ووجه ذلك أن من جاء بكتاب مختوم يقول انه وصيته ويدعو الشهود الى أن يشهدوا عليه بما فيها فانهم ان يختموا عليها بخواتيمهم فلم يجز لهم أن يشهدوا لمخافة أن يكون لم يكتب فيها شيأ ثم يكتب ماشاء بعد اشهاده لهم ويزيد ان شاء على ما كان فيها يوم الشهادة لهم فيه ودون الشهادة على مالم يكن أشهدهم عليه يوم الاشهاد وانما أحدثه بعد ذلك وأما اذا رأوا انها مكتوبة فانها تجوز لهم الشهادة عليه بما فيه لانهم لا يسلمون مما قدمناه ولو كانت الوصية على حالها عند أحد الشهود جاز له أن يشهد وأما غيره من الشهود فقال مالك لا أدرى كيف يشهدون وأما اذا ختم كل واحد منهم عليها بخاتمه وعرف ختمه عند أداء الشهادة فان ذلك جائز سواء كان فيها شئ مكتوب أو لم يكن وقيد فيها الموصى ماشاء من الأباطيل لانه لا مضرة على الشاهد فى ذلك ص ✽ قال يحيى قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الموصى اذا أوصى فى صحته أوفى مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه أوغير ذلك فانه يغير من ذلك ما بدا له ويصنع من ذلك ماشاء حتى يموت وان أحب أن يطرح تلك الوصية ويبدلها فعل الا أن يدبر مملوكا فان دبر فلا سبيل الى تغيير مادبر وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ماحق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة ✽ قال مالك فلو كان

✽ قال يحيى قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن الموصى اذا أوصى فى صحته أو فى مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه أو غير ذلك فانه يغير من ذلك ما بدا له ويصنع من ذلك ما شاء حتى يموت وان أحب أن يطرح تلك الوصية ويبدلها فعل الا أن يدبر مملوكا فان دبر فلا سبيل الى تغيير مادبر وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ماحق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة ✽ قال مالك فلو كان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الموصى لايقدر على تغيير وصيته ولا ماذكر فيها من العتاقة كان كل موص قد حبس ماله الذى أوصى فيه من العتاقة وغيرها وقد يوصى الرجل فى صحته وعند سفره قال مالك فالأمر عندنا الذى لا اختلاف فيه أنه يغير من ذلك ماشاء غير التدبير ﴾ ش وهذا على ماقال ان الموصى فى صحته أو مرضه يعتق بعض رقيقه أو يتصدق بصدقة أو غير ذلك من اعمال البر فانه غير لازم له لان عقد الوصية عقد جائز غير لازم وله أن يغير من ذلك ماشاء و يبطل منه ماشاء من غير عوض أو يعوض منه غيره فى صحته أو مرضه مالم يمت فاذا مات فقد لزمت تلك الوصية فليس لغيره أن يغير شيأ من ذلك ولا يبطله ولا يبدله بغيره فاما التدبير فانه عقد لازم ليس لمن عقده الرجوع عنه بالقول ولا بالفعل وسيأتى ذكره فى كتاب التدبير ان شاء الله تعالى والفرق بين التدبير والوصية ماذكرناه من ان عقد الوصية عقد جائز وعقد التدبير عقد لازم يبين ذلك أنه لا خلاف فى الرجوع عن الوصية بالقول والفعل ولا خلاف بيننا و بين من أجاز الرجوع عن التدبير انه ليس له ذلك بالقول فكذلك ليس له ذلك بالفعل واذا فرق هو بين الوصية والتدبير فى الرجوع عنهما بالقول جاز أن يفرق بينهما فى الرجوع بينهما بالفعل

(فصل) وقوله وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ماحق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين الا و وصيته عنده مكتوبة فتأول فى ذلك ان عقد الوصية واجب أو مندوب اليه وانه على الفور ثم قال فلو كان الموصى لايقدر على تغيير وصيته كان كل موص حبس ماله يعنى ان الوصية كانت تكون مانعة له من تصرفه فى ماله فتى أوصى بعتقه لم يجز له بعد ذلك استرقاقه ولا بيعه واذا أوصى بثلث ماله لم يكن له بعد ذلك الانفاق منه لا سيما على وجه الاستيعاب له وفى هذا اضرار بالناس ومنع من الوصية

(فصل) وقوله وقد يوصى الرجل فى صحته وعند سفره يريد ان من أراد السفر قد يوصى مع كونه صحيحا وقد أجمع أهل المدينة بل جماعة العلماء على جواز تغيير ذلك والوصية تكون على ضربين مقيدة ومطلقة فان كانت مقيدة مثل أن يقول ان مت فى سفرى هذا أومت فى مرضى هذا فينفذ عنى وصية كذا وكذا و يذكر ماشاء من عتق أو صدقة فهذا عند مالك وصية وله أن يغيرها فان لم يغيرها حتى مات فى مرضه أو سفره فهى فى ثلثه قاله فى المدونة ووجه ذلك انها وصية متضمنة قربة بشرط فيها شرطا لا ينافى الشرع فكانت على ماشرط كما لو شرط فيها التغيير (مسئلة) فان برأ من مرضه أو قدم من سفره فانه لا يخلو أن تكون وصيته كتبها أو لم يكتبها وأشهد بها فان كان كتبها فلا يخلو أن يكون وضع الكتاب على يد رجل أو أقره عنده فان كانت الوصية على يد غيره فهذه الوصية تنفذ فى ثلثه قاله مالك من رواية ابن القاسم وغيره ولم أر فى ذلك خلافا بين أصحابنا ووجه ذلك انه اذا أثبت ذلك فى كتاب وخص ذلك بأن وضعه على يد غيره ثم أبقى الكتاب بعد البرء أو القدوم على حالته لم يأخذه ممن وضعه على يده حتى مات بعد ذلك فانه وجه من استدامة الوصية (مسئلة) وان قدم من سفره أو برئ من مرضه فأخذ الكتاب من عند من كان عنده ثم مات فوجد الكتاب عند الموصى ففى الموازية والعتبية من رواية ابن القاسم عن مالك ان الوصية باطل ووجه ذلك ان استرجاعه الكتاب من عند من وضعه على يده تغيير لحاله التى كان عليها على وجه الاجازة ووجه ذلك ان من ترك استدامته كمن ربقه (مسئلة) وان كان انما كتبه وأشهد عليه وأمسكه عند نفسه ثم قدم من سفره أو برأ من مرضه ثم مات بعد ذلك فلا يخلو أن يموت فى مرض أو سفر أو فى غير مرض

الموصى لا يقدر على تغيير وصيته ولا ماذكر فيها من العتاقة كان كل موص قد حبس ماله الذى أوصى فيه من لعتاقة وغيرها وقد يوصى الرجل فى صحته وعند سفره قال مالك فالأمر عندنا الذى لا اختلاف فيه انه يغير من ذلك ماشاء غير التدبير

ولا سفر فان مات فى مرض آخر أوسفر آخر فالمشهور من قول مالك من رواية ابن القاسم وأشهب أن وصيته نافذة وفى المجموعة عن سحنون ان رواية ابن القاسم الأخرى عنه أحسن انها ان كانت عنده فهى باطل وان كانت عند غيره جازت وقاله ابن عبد الحكم وسواء مات فى مرض أو سفر أو فى غير مرض ولا سفر وجه الرواية الأولى انه أقر كتاب وصيته على ما كان عليه فلم يبطل ببرئه من مرضه ولا بقدومه من سفره أصل ذلك اذا وضعها على يد غيره فأقرها ووجه الرواية الثانية أن كتاب وصيته وجد عنده بعد البرء والاياب فوجب أن تبطل وصيته أصل ذلك اذا وضعها بيد غيره وقبضها منه (مسئلة) فان مات فى غير مرض ولا سفر ففى كتاب ابن المواز من رواية أشهب عن مالك ان الوصية باطل ولو مات فى مرض آخر أوسفر آخر لصحت وصيته وقال أشهب فى المجموعة ان الاستحسان غير القياس ان مات فى غير سفر ولا مرض أن تجوز وصيته اذا علم أنه ليس قصد الناس فى ذكر المرض والسفر تخصيص ذلك ألا ترى أنه لو كتب إن مت فى سفرى أو من مرضى فبغته الموت قبل أن يسافر أن وصيته نافذة (مسئلة) وان كانت وصيته هذه أشهد عليها ولم يقيدها فى كتاب ثم مات بعد أن قدم من سفره أو برأ من مرضه ففى العتبية والموازية من رواية ابن القاسم عن مالك ان الوصية تبطل ووجه ذلك أنه لم يبق لها أثر يكون فى استدامته استدامتها والاشهاد انما اختص بوقت معين فلم ينفذه الى غيره (مسئلة) ولو كانت وصيته مطلقة غير مقيدة بحال ولا وقت فسواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة فانها نافذة متى مات قبل أن يغيرها ووجه ذلك أنها غير مختصة بحال ولا وقت فاقتضت التنفيذ على كل حال وفى كل وقت لان من قال اذا مت فأعتقوا عبدى اقتضى ذلك الأمر بالعتق متى مات وعلى أى حال مات والله أعلم

(فصل) وقوله انه له أن يغير من ذلك ما شاء فيه بابان * الباب الأول فى صفة الوصية التى يلحقها التغيير * والباب الثانى فى صفة التغيير

(الباب الأول فى الوصية التى يلحقها التغيير)

قال مالك فى المجموعة الأمر المجتمع عليه عندنا ان للرجل أن يغير وصيته و يرجع عنها أوصى فى صحة أو مرض أو عند سفر بعتق أو غيره قال فى كتاب ابن المواز يرجع فى مرضه و بعد صحته الا فيما بتل يريد فيما بتل عتقه من عتق مؤجل أو معجل أو تدبير ووجه ذلك أن الوصية عقد جائز على ما قدمناه والعتق عقد لازم معجلا كان أو مؤجلا وكذلك التدبير قال ابن القاسم فى المجموعة ان قال ان مت فعبدى حر أو قال بعد موتى بشهر ان مت فأعتقوه فذلك سواء قال الشيخ أبو محمد يريد وهى وصية قال ابن القاسم فى المجموعة ولو أنه قال انه مدبر ان لم أحدث فيه حدثا فهى وصية ولو قال عبدى مدبر يريد بعد موتى فهو كالوصية وتفكر فيها سحنون ولم يقل شيأ وروى ابن وهب عن المخزومى فى الموازية يحمل على تدبير الميت قيل له انه عالم فتوقف وجه القول الأول انه انما أثبت التدبير بعد الموت ولو قال حر بعد موتى لكان له الرجوع فبأن يكون له الرجوع فى التدبير أولى ووجه القول الثانى ان التدبير عقد لازم وانما يقتضى العتق بعد الموت وانما ظاهر لفظه انه يعتق بعد موته بتدبيره الآن كأنه قال اذا مت عتق المدبر فاما قيل له انه عالم بمعانى الألفاظ و بما يتعلق منها على الشرط وعلى الحكم توقف فى ذلك (مسئلة) ومن قال ان مت من مرضى فعبدى مدبر فلا يرجع فيه قاله ابن القاسم فى المجموعة وقال أصبغ يترك على التدبير ووجه ذلك أن تعليقه التدبير بموته لا يؤثر فى التدبير لان عتق التدبير متعلق بالموت ولكنه على وجه لازم لا رجوع للمدبر فيه وبالله التوفيق (مسئلة)

ومن قال فلان حر يوم أموت فقد قال مالك في المجموعة ان أراد التدبير فهو مدبر والا فهي وصية وروى عنه ابن وهب ان كل عتق بعد الموت فهو وصية حتى ينص على التدبير فيقول عن دبر مني وقال أشهب ان قال ذلك في غير احداث وصية فهو تدبير (مسئلة) واذا اعتق المريض أو الحامل أو تصدق ولم يقل ان مت ثم صح فقال أردت ان مت وقال الشهود ظننا انه أراد البتل قال على عن مالك ينظر في ذلك بما يستدل به على قصده وقال عنه ابن وهب بعض ذلك يدل على بعض ما قالا عنه فان رأى أنه أراد الوصية فهي وصية يرجع فيها والا فلا رجوع له وتنفذ وقال عنه على في مريض قيل له أوص فقال فلان حر ثم صح فقال أردت بعد موتي فذلك له ووجه قول مالك ان لفظ ايقاع العتق والصدقة ظاهره البتل وتعليقه ذلك بشرط لا يثبت الا بأمر يعرف به فان تبين ذلك من لفظ العقد وما قبله وبعده فلا من ذلك ما نقلوه لدلالة ما قلناه وان عرا عن ذلك حمل على ظاهر اللفظ ومقتضاه البتل وكذلك روى ابن وهب عن المخزومي فيمن قال في وصيته لفلان عشرة دنانير صدقة وعبدي فلان حر وفلان مدبر ثم رجع بعد أن صح وقال لم أقل فذلك له الا في التدبير لان العتق يمكن أن يكون بعد الموت وانما كان ذلك لانه قصد الى عقد وصيته فكان لفظها محمولا على معناها الا ما يختص باللزوم من التدبير والله أعلم وأحكم وان عرا عن ذلك حمل على ظاهر اللفظ ومقتضاه البتل وأما اذا قيل أوص فقال فلان حر ثم قال أردت الوصية فان قوله لما كان جوابا لما عرض عليه من الوصية فكان الظاهر حمله عليها وهذا من حمل اللفظ على مقتضى سببه ظاهر

(الباب الثاني في صفة تغيير الوصية)

وذلك على ثلاثة أضرب أحدها الزيادة فيها والثاني النقص منها والثالث ابطالها جملة فأما الزيادة فيها فانها على قسمين أحدهما أن يزيد في وصيته لغير الموصى له أولا والثاني أن يزيد في وصيته للموصى له أولا فأما القسم الأول فانه لا تنافي بين الزيادة والمزيد عليها سواء كانا من جنسين أو من جنس واحد فتنفذ الوصية الا أن يمنع من ذلك الزيادة على الثلث وقد روى ابن وهب وابن القاسم وعلي عن مالك فيمن أوصى بوصية أشهد عليها ثم أوصى بأخرى عند الموت ولم يذكر الاولى فانهما جائزتان ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) وأما القسم الثاني وهو أن تكون الزيادة للاول فلا يخلو أن تكون من جنس الوصية الاولى أو من غير جنسها فان كانت من جنسها فلا يخلو أن تكون الثانية مثل الاولى أو أقل أو أكثر ففي المجموعة وغيرها من رواية ابن القاسم وأشهب وعبد الملك وغيرهم عن مالك فيمن أوصى لرجل بدنانير ثم أوصى له بدنانير أقل عددا أو أكثر فان له أكثر الوصيتين وروى علي بن زياد عنه في المجموعة ان أوصى له بعشرة ثم أوصى له بخمسة فله خمسة عشر ولو أوصى له أولا بخمسة ثم أوصى له بعشرة لم يكن له غير عشرة وقاله مطرف وان كانت الوصيتان في عقدين وجه القول الأول ان هاتين وصيتان من جنس واحد فكان له أكثرهما كالو كانت الاولى أقل ووجه القول الثاني انه اذا بدأ بالأقل ثم أوصى له بأكثر منها كان الظاهر انه أراد الزيادة في وصيته وقد أعمل الوصيتين واذا بدأ بالأكثر ثم أوصى بأقل من ذلك فالظاهر جمعه لانه بمعنى الزيادة وفيه اعمال الوصيتين ولو اعطاه أولاهما الا انها أكثر لكنا قد ألغينا الأخيرة وهي أحق بالاثبات والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا له أكثر العددين فقد قال ابن الماجشون ان كانت الوصيتان في كتابين فليس له الا أكثرهما وان كانت في كتاب واحد فان سمى له أولا عددا ثم سمى له أكثر منه فله الأكثر وان سمى له في الثاني أقل من الأول فله العددان قال لانه اذا بدأ في كتاب

واحد بخمسة ثم ثنى بعشرة جاز أن يقال عشرة منها الاولى ولو قال أولا عشرة لم يجز أن يقول بعدها خمسة منها العشرة الاولى وسوّى ابن القاسم بين الكتاب والكتابين وجعل له الأكثر بدأ بالأقل أو الأكثر وقد تقدم توجيهه ورواه ابن المواز عن أشهب عن مالك (مسئلة) وعلى حسب ما تقدم تجرى الوصيتان فى الذهب والفضة والعروض التى تكال وتوزن أو لا تكال ولا توزن والحيوان والدور والثياب وغير ذلك مالم يكن فى شئ معين قاله أشهب فى المجموعة وابن القاسم عن مالك وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن ذلك فى المكيل والموزون وأما العروض فله الوصيتان تفاضل ذلك أو تساوى كانا فى كتاب أو كتابين وجه القول الأول انهما وصيتان متماثلتان كالمكيل والموزون ووجه القول الثانى ان التماثل فى العروض معدوم ولذلك يقضى فيها بالقيمة فكانت الوصية بهما كالمختلفين مما يكال أو يوزن (فرع) اذا ثبت ذلك فلا خلاف ان الدراهم من سكة واحدة متماثلة وكذلك الأفراس والابل والعبيد وأما الدنانير والدراهم فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك انهما متماثلان لانهما صنف واحد وحكى عن ابن القاسم انهما غير متماثلين وقاله أصبغ وقال محمد بن المواز وكذلك القمح والشعير والدراهم والسبائك من الفضة وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من انهما صنف واحد يريد فى الزكاة ووجه قول ابن القاسم أنهما غير متماثلين فى الصورة والقيمة وهما جنسان ولذلك جاز فيهما التفاضل ولا يجوز التفاضل فى الجنس الواحد منهما (فرع) اذا قلنا ان الدنانير والدراهم متماثلان فأوصى له بدنانير ثم أوصى له بدراهم فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك انه يعتبر الأقل والأكثر بالصرف (مسئلة) ولو أوصى بعددين متساويين فى الجنس والعدد مثل أن يوصى له بعشرة دنانير ثم يوصى له بعشرة دنانير فان له العددين جميعا رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم وعلى هذا مذهب مالك وأصحابه وحكى القاضى أبو محمد فى معونته ان الوصيتين اذا كانتا متماثلتين فى الجنس والقدر فان له احداهما لجواز أن تكون الثانية تكرارا أو تأكيدا وهو بنحو الى قول أشهب فيمن أوصى لرجل بثلثه ثم أوصى له بثلثه (مسئلة) وان كان ما أوصى به معينا كعبد بعينه ثم أوصى له بعبد آخر بعينه فله الوصيتان لان التعيين يمنع أن يريد بالوصية الثانية الاولى فوجب أن يجمعا له لان لكل وصية مقتضاها فيلزم انفاذها لانه لم يطرأ رجوع عنها وكذلك لو أوصى له بشيئين مختلفين وان لم تكن معينة كدنانير ودراهم على رأى ابن القاسم فان له الوصيتين جميعا معينتين كانتا أو غير معينتين فى كتاب واحد أو فى كتابين بدأ بالأقل أو الأكثر لان اختلاف الجنس والاسم يمنع أن يريد بالثانية الاولى فلزم أن تحمل الوصيتان على انه أراد أن يجمعهما له (مسئلة) ولو أوصى له بثلثى ماله ثم أوصى له بثلث يحاص بالأكثر لانهما متماثلان فى اللفظ والجنس فكان له أكثرهما قاله ابن القاسم وأشهب فى المجموعة كما لو أوصى له بعشرة دنانير ثم أوصى له بخمسة ولو أوصى له بثلث ثم أوصى بثلث آخر فقد قال أشهب فى المجموعة يحاص بثلث واحد والاثلاث كالدنانير لا تعرف بعينها وكان يجىء على مذهب ابن القاسم وأكثر أصحابنا أن يحاصص بالثلثين الا أن يريد كونه ممنوعا من الزيادة على الثلث يقتضى حمل الوصية الثانية على انها هى الاولى ولاتفاقهما فى اللفظ والمعنى مع كونه ممنوعا من الزيادة على لفظ الأول كثر ماله أو قل وهو بخلاف من أوصى بعدد ثم أوصى بمثله وان كان الأول قد استغرق الثلث لانه قد يزيد المال فيكون للعدد الباقى محل والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى له بالثلث ثم أوصى له بعبد أو بعدة دنانير فقد قال أشهب فى المجموعة يحاص

بالثلث وبعدد الدنانير أو العبد يريد قيمته وقاله ابن القاسم قال سحنون معناه عندي ان ماله عين كله وفي العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم يضرب له بأكثر الوصيتين من العدد والثلث قال أصبغ وفيها شيء ولها تفسير وجه القول الأول ان الوصية بالثلث وبعدد دنانير مختلفان فوجب أن يجمعا للموصى له كالوصية بالدنانير والعبد ووجه القول الثاني ان مالهما الى جنس واحد متماثل في النوع وقول سحنون في الذي يحاصص بالثلث وبعدد الدنانير معناه أن يكون جميع التركة عينا ولذلك جعل الثلث من جنس عدد الدنانير فعلى قول سحنون يحمل قوله على انه تجمع له الوصيتان على أن الوصية عين وعرض ولا يحمل قوله انه يجمع له الوصيتان على أن الوصية عين وعرض ويحمل قوله يقضى له بأكثرهما على انه عين كله (مسئلة) وأما ان كان المال عرضا كله فقد روى ابن حبيب عن أصبغ يعطى الوصيتين اذا أجاز الورثة وان لم يجيزوا ومعه وصايا ضرب بالثلث وبالعدد وان لم تكن الوصايا فليس له الا الثلث وجه ذلك ان العددين من جنس الثلث لان الثلث عرض والعدد عين فلذلك جعاله في المحاصة (مسئلة) فان كان في التركة ناض وعرض فقد روى ابن المواز عن أشهب وأصبغ يضرب له بثلث العرض أو بالأكثر من العدد الموصى به ومن ثلث العين ووجهه أن ثلث العروض من غير جنس العين فله ثلث العروض وثلث العين من جنس العدد فكان له أكثرهما

(فصل) وهذا حكم تغيير الوصية بالزيادة فيها وأما حكمها بالنقص منها فلا يخلو أن يكون ذلك بالنص على النقص منها أو يوصى ببعضها لغيره فأما النص على النقص منها فمثل أن يوصى له بعشرة دنانير ثم يقول ردوها الى ثمانية أو اجعلوها له ثمانية أو نسخت ما تقدم من الوصية بالعشرة أو أنا أوصى له الآن بثمانية فهذا الاخلاف في المذهب في انه ليس له الا ما أقره آخرا وأما تغيير الوصية بالفعل فهو يتعلق بالاعيان دون غيرها وذلك بان يفعل في العين الموصى بها ما لا يفعله الا في ماله وهذا على أصل ابن القاسم وأما أشهب فانه يراعي الاسماء وسنبين ذلك بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) ومن أوصى لرجل بجزيرة ثم لتها بعسل أو سمن فليس برجوع كالو أوصى بعبد ثم علمه الكتاب ورواه أصبغ عن ابن وهب في العتبية ووجه ذلك ان هذه زيادة فيما كان أوصى له والزيادة فيما أوصى به لا تأثير لها في ابطال الوصية لاسيما مع بقاء الاسم الذي علقت عليه الوصية (فرع) فاذا قلنا ليس برجوع عن الوصية فقد قال أصبغ يكون الورثة شركاء بقدر اللتات وكذلك صبغ الثوب وبناء الدار وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة الثوب بصبغه للموصى له قال أشهب وكذلك لو غسله أو كانت دارا فجصصها أو زاد فيها بناء وأوصى له بسويق ثم لته وجه قول أصبغ انه لم توجد منه وصية بالصبغ والسمن فكان باقيا على ملك الموصى ووجه قول ابن القاسم وأشهب انه لما كان الاصل موصى به ثم أضاف اليه ما لا يستقل بنفسه بل هو محمول فيما أوصى به كان ظاهر ذلك انه أضافه اليه في الوصية (مسئلة) ولو أوصى له بعبد ثم آجره أو رهنه فليس ذلك برجوع ويفدى الرهن من رأس المال قاله مالك وابن القاسم في المجموعة ووجه ذلك ان الاسم باق وصورة الموصى به باقية مع بقائه على ملكه (مسئلة) ولو أوصى له بعبد ثم باعه فان مات قبل ان يشتريه بطلت الوصية فيه وان اشتراه قبل ان يموت فهو للموصى له قال أشهب وكذلك لو أوصى له بعبد في غير ملكه ثم صار له بابتياع أو هبة أو ميراث فالوصية فيه نافذة ووجه ذلك ان المراعى في الموصى به حاله عند وجوب الوصية بموت الموصى فان كان في ملكه ذلك الوقت صحت الوصية والا بطلت والله أعلم وأحكم

(مسألة) ولو أوصى له بغزل فحاكه ثوبا فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم هو رجوع عن الوصية قال أشهب لأنه لا يقع عليه الاسم الذى أوصى فيه فتبطل الوصية (مسألة) ولو أوصى له ببرد فقطعه قيصا ففى الموازية لابن القاسم انه رجوع عن الوصية وقال أشهب وكذلك لو أوصى له بقميص فقطعه قباء أو جبة فردها قيصا أو ببطانة ثم بطن بها ثوبا أو بظهارة ثم ظهر بها ثوبا أو بقطن ثم حشا به أو غزله أو بفضة ثم صاغها خاتما أو بشاة ثم ذبحها لبطلت الوصية بذلك كله لأنه لا يقع الاسم الذى أوصى فيه وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية اذا قال ثوبى لزيد ثم قطعه قيصا أو لبسه فى مرضه فليس برجوع وهو للموصى له قال ولو أوصى له بشقة ثم قطعها قيصا أو سراويل كان رجوعا لتغير الاسم فاتفق ابن القاسم وأشهب على مراعاة الاسم الذى علقت عليه الوصية فاذا عمل فيه عملا أزال ذلك الاسم بطلت الوصية واذا لم يزل العمل الاسم فالوصية باقية والله أعلم ولما كان اسم الثوب يقع على الشقة قبل القطع وبعده لم تبطل الوصية بقطعه لأن القطع لا يزيل عنه اسم الثوب ولما كانت الشقة لا تقع على الثوب الا قبل القطع بطلت الوصية بالقطع لأنه يزيل عنه الاسم الذى علقت عليه الوصية (مسألة) واذا أوصى له بعرصة ثم بناها دارا فقد قال أشهب فى المجموعة ذلك رجوع ولو أوصى له بدار فهدمها وصيرها عرصة فليس برجوع لأنه أوصى له بعرصة وبناء فأزال البناء وأبقى العرصة وهذا رجوع من أشهب فى تعلقه بالاسماء الا أن يلتزم ذلك فى الزيادة دون النقص فيكون اسم الدار واقعا على البناء والعرصة وتابعا عنها فاذا أزال البناء بقيت العرصة على ما كانت عليه من الصفة والاسم وكان يلزمه على هذا القول اذا أوصى بعرصة فبناها أن لا تبطل الوصية بالعرصة لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء وروى أبو زيد وأصبغ عن ابن القاسم فى العتبية اذا أوصى له بعرصة فبناها كانا شريكين بقيمة البناء من العرصة وجه قول أشهب انه قد زاد فى العين الموصى بها زيادة غيرت الاسم فكان تغييرا للوصية كنسج الغزل ووجه قول ابن القاسم ان الزيادة مع بقاء العين على حالها لا تغير الوصية وليس كذلك النسج فانه قد غير عين الغزل وأما العرصة فهى باقية على ما كانت عليه قبل فأضيف اليها معنى آخر وهو البناء كما أضيف اللتات الى السويق والصبغ الى الثوب (فرع) فاذا قلنا ليس الهدم برجوع على قول أشهب فلمن يكون النقض قال أشهب لا وصية فى النقض وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم النقض للموصى له ووجه قول أشهب ان اسم البناء لا يتناوله اسم الدار بعد النقض فبطلت فيه الوصية لعدم الاسم الذى علق عليه الوصية ووجه قول ابن القاسم ان الهدم ليس بأكثر من تفريق الأجزاء وذلك لا يمنع نفوذ الوصية كقطع الثوب قيصا (مسألة) ولو أوصى له بزرع ثم حصده أو بثمر ثم جده أو بصوف ثم جزه لم يكن رجوعا فى الوصية قاله ابن القاسم فى المجموعة ولو درسه واكتاله وأدخله بيته لكان رجوعا فى الوصية ووجه ذلك أن اسم الزرع باق عليه بعد الحصاد وصورته ثابتة لم تتغير وانما وجد منه تقطيعه وازالته عن موضعه فلم يكن رجوعا كقطع الثوب فأما اذا اكتاله بعد درسه وأدخله بيته فان درسه وتبليغه حد الاكتيال قد غير صورته ونقل اسمه الى اسم القمح أو الشعير فكان ذلك رجوعا عن الوصية بالدرس والتصفية وأما ادخاله البيت فانما هو تأكيد لمقصده والله أعلم وأحكم

﴿ جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره أنه قيل لعمر ابن الخطاب ان ههنا غلاما يفاعا لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الا ابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقي * مالك عن يحيى ابن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له ان فلانا يموت أفيوصي قال فليوص قال يحيى بن سعيد قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة فأوصى ببئر جشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم ﴾ ش اليفاع هو الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك في المدنية وقد ذكر يحيى بن سعيد في روايته عن أبي بكر ان الغلام كان ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة فتارة كان يصفه أبو بكر بانه يفاع وتارة كان يصفه بأنه ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة وذلك كله سواء وقوله لم يحتلم على سبيل البيان لحاله وما قصد وصفه به من أنه لم يخرج بعد من حد الصغر والاحتلام في الرجال والنساء حد بين الصغر والكبر ويختص في النساء بالحيض فهو فيهن حد بين الصغر والكبر

(فصل) وقوله أخبره أنه قيل لعمر انه بالمدينة ووارثه بالشام وليس له بالمدينة الا ابنة عم يريد انها انفردت بالقيام بأمره والرفق به وان كان وارثه الذي يمكن أن ينفرد بذلك أو يشاركها فيه بالشام ولعله قد قصد بذلك الى بنت عمه هذه مع انفرادها بالقيام بأمره والتعب معه والتمريض له لا يعود اليها شئ من ماله ولعل الغلام قد أشفق من أن يخرج جميع ماله مع رفقها به وانفرادها بالعناء معه فندبه عمر رضي الله عنه الى أن يوصي لها وأعلمه ان ذلك مباح له وسائغ في الشرع وان كان لم يبلغ الحلم وبهذا قال مالك والليث وأجمع عليه علماء المدينة بأن وصية من يميز ويفهم ما يوصي به من السفيه والصغير جائزة وقال أبو حنيفة والشافعي تجوز وصية السفيه ولا تجوز وصية من لم يحتلم والدليل على مانقوله ان الصغر حجر فلا يمنع صحة الوصية مع التمييز كالسفه (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال مالك تجوز وصية اليفاع وقال ابن المواز وأجاز مالك وأصحابه وصية الصغير الذي يعقل ما يوصي به ابن تسع سنين وشبهه وقال أصبغ تجوز وصية الصبي والصبية اذا عقلا ما يفعلان وهذا فيما لا يلزمه من الوصية وأما التدبير فقد قال عبد الملك لا يجوز تدبير من لم يبلغ الحلم وقال أشهب لا يجوز تدبير المولى عليه وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى والفرق بين الوصية والتدبير ان التدبير عقد لازم (فرع) اذا أوصى الصبي الى غير وصيه ففرق ثلثه فللوصي أن لا يلي غيره تفريق ثلثه قاله أشهب ووجه ذلك انه محجور عليه وانما أبيح انفاذ ثلثه في وجوه وصيته وليس له صرف تولي ذلك الى غير وصيه الذي قد لزمه حجره (مسئلة) وأما الصغير الذي لا يميز فلا خلاف بين العلماء في أنه لا يجوز وصيته ووجه ذلك انه لا يصح قصده كالمغمى عليه

(فصل) وقوله فليوص لها وهي بنت عمه من قرابته وذلك دليل على جواز الوصية للقريب الذي لا يرث ولا خلاف في جواز ذلك قال الله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين فنسخت الوصية للوالدين والوارث وبقيت في حق الوارث القريب

﴿ جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه ﴾

حدثني مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره انه قيل لعمر بن الخطاب ان هاهنا غلاما يفاعا لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له هاهنا الا ابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقي * وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له ان فلانا يموت أفيوصي قال فليوص قال يحيى بن سعيد قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة فأوصى ببئر جشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم

الذى لا يرث ومن جهة المعنى انه انما حجر عليه فى حال حياته فى ماله لحقه لا لحق غيره فلما مات بطل أن يحجر عليه لحقه لانه لم تبق له منفعة فى ماله غير ما يوصى به فكان النظر له تجويز وصيته (مسئلة) وتجوز الوصية للاجنبي مع وجود القرابة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والأوزاعى والثورى وقال الحسن وطاوس ان فعل ذلك ردت وصيته الى قرابته وقال ابن المسيب من أوصى لغير قرابته بثلثه رد الى قرابته من ذلك ثلثا الثلث وينفذ الثلث للموصى لهم وبه قال ابن راهويه

(فصل) وقوله فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم يقتضى ان اسم المال يقع عندهم على الارضين والأصول الثابتة وقوله فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم على معنى الاخبار عن تجويز وصيته بكثير المال وان ذلك لا يختص بقليله وان وصيته تصح بالتمليك المطلق للاعيان ولا تختص بالتحبيس والتسبيل

(فصل) وقوله وان ابنة عمه الموصى لها هى أم عمرو بن سليم يقتضى الاشارة الى تصحيح الرواية ومراعاة الراوى الذى هو عمرو بن سليم لها التعلقها به ويحتمل أن يشير بذلك الى أن وصية الصغير تجوز للغنى ان كانت معروفة بالغنى وغير داخلة فى جملة الفقراء ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الضعيف فى عقله والسفيه والمصاب الذى يفيق أحيانا تجوز وصاياهم اذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به فأما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك ما يوصى به وكان مغلوبا على عقله فلا وصية له ﴾ ش وهذا على ما قال انه تجوز وصية الضعيف فى عقله يريد الضعيف العقل وهو الذى لا يستقل بنفسه ويحتاج الى من يلى أمره لعجزه عن مباشرة أحواله وهو مع ذلك يميز ويفهم وقد روى ابن وهب وأشهب عن مالك تجوز وصية الأحمق يريد بذلك الذى وصفناه بضعف العقل وأما السفيه فانه يريد به الذى يتلف ماله فى وجوه السفه أو يشتغل عن تثميره وحفظه بالبطالة وأما المصاب فهو الذى أصيب بعقله اما بصرع أو بما شاء الله تعالى فاذا كان يفيق أحيانا وكانت وصيته حين افاقته فهى جائزة قال عبد الملك تجوز وصية المجنون فى حال افاقته كما تجوز شهادته فى حال افاقته ان كان عدلا (مسئلة) واذا ادان المولى عليه ثم مات لم يلزمه ذلك كالحى الا أن يوصى به فيجوز ذلك فى ثلثه رواه محمد عن أشهب عن مالك قال ابن كنانة وان كان سمى ذلك النقص من رأس المال أو لم يجعله فى ثلثه لم يجز ذلك على ورثته فاذا أوصى به على وجه الوصية فهو مبدأ على وصاياه (مسئلة) وأما تدبير السفيه فقد قال عبد الملك ان دبر السفيه خادما كثيرة الثمن لم يجز تدبيره ويجوز فى قليلة الثمن وقال أشهب لا يجوز تدبير المولى عليه ولا يبطل وقال ابن القاسم له تدبير عبده فى المرض فاذا صح بطل ذلك وقال ابن كنانة تجوز وصية المولى عليه وتدبيره وما لا يقع فيه الا بعد موته وانما يمنع من ماله فى حياته وعدم رشده وجه قول أشهب انه من العقود اللازمة فلا يلزمه كالبيع والشراء ووجه قول ابن القاسم ان له حكم الوصية فاذا دبر فى مرضه روعى أمره فان مات من مرضه فحكم التدبير والوصية واحد فينفذ ذلك وان أفاق بطل ذلك لانه عقد لازم

﴿ الوصية فى الثلث لا تتعدى ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عامر بن سعد بن أبى وقاص عن أبيه أنه قال جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى عام حجة الوداع من وجع اشتد بى فقلت يارسول الله قد بلغ بى من الوجع ماترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفأتصدق بثلثى مالى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقلت فالشطر

قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الضعيف فى عقله والسفيه والمصاب الذى يفيق أحيانا تجوز وصاياهم اذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به فأما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك ما يوصى به وكان مغلوبا على عقله فلا وصية له

﴿ الوصية فى الثلث لا تتعدى ﴾

* حدثنى مالك عن ابن شهاب عن عامر بن سعد ابن أبى وقاص عن أبيه انه قال جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى عام حجة الوداع من وجع اشتد بى فقلت يارسول الله قد بلغ بى من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفأتصدق بثلثى مالى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقلت فالشطر

قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الا أجرت حتى ما تجعل في في امرأتك قال فقلت يارسول الله أأخلف بعد أصحابي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملا صالحا الا ازددت به درجة ورفعة ولعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرثي له رسول الله صلى الله عليه وسلم أن مات بمكة * ش قول سعد جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع سنة في عيادة المرضى وهي من القرب يدل على ذلك ما روى معاوية بن سويد بن مقرن عن البراء بن عازب أمرنا النبي صلى الله عليه وسلم أن نتبع الجنائز ونعود المرضى ونفشي السلام

(فصل) وقوله رضي الله عنه قلت يارسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى دليل على جواز اخبار العليل بشدة حاله اذا تسبب بذلك الى النظر في دينه ويجوز ذلك اذا تسبب بذلك الى معاناة ألمه ويجوز أن يخبر بذلك من يرجو بركة دعائه ويخبر بذلك من يعلم اشفاقه وقد روى الحرث بن سويد عن عبد الله دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم وهو يوعك فقلت يارسول الله انك توعك وعكا قال أجل اني أوعك كما يوعك رجلان منكم وروى القاسم بن محمد ان عائشة قالت وارأساه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل أنا وارأساه لقد هممت أن أوصي الى أبي بكر والله وأعهد وانما يكره ما كان منه على وجه التشكي والتسخط وذلك محبط للاجر أو مؤثر فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي هذا اللفظ وان كان يقع على يسير المال وكثيره فانه لا يستعمل الا في كثيره واستكثر مثل ذلك المال للابنة لانفرادها على عادة العرب وما كانت جبلت عليه من أنها لم تكن تعد المال للنساء وانما كانت تعده للرجال ويحتمل أن يكون ظن انها تنفرد بجميع المال ويحتمل أن يكون استكثر نصف ماله لها ورأى انه اذا تصدق بنصفه يكفيها نصف ما يبقى منه بعد ما يتصدق به قال القاضي أبو الحسن قوله ولا يرثني الا ابنة لي يريد من النساء ويحتمل أن يريد بقوله أفأتصدق بثلثي مالي ان يبتله قبل موته ويحتمل أن يريد به أن يوصي بذلك المقدار في وجوه برفنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن الثلثين ثم عن الشطر وأباح له الثلث ووصفه بالكثرة * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي انه كثير ما أباح للمريض التصرف فيه من ماله وذلك يمنع الزيادة عليه فان حملناه على الوصية فقد اتفق العلماء على ان له الوصية بالثلث وروى هشام بن عروة عن أبيه عن ابن عباس انه قال لو غض الناس الى الربع لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير أو كبير فحمل قوله والثلث كثير على استكثار الثلث في الوصية والندب الى التقصير عنه وروى عن عمر رضي الله عنه انه أوصى بالربع وأوصى أبو بكر الصديق بالخمس وقال رضيت في وصيتي بما رضي الله به لنبيه من الغنيمة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد اتفق العلماء على ان من كان له وارث فليس له أن يوصي بأكثر من ثلثه لقول النبي صلى الله عليه وسلم والثلث كبير لقوله انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس فثبت بذلك حق للورثة في مال المريض يمنع ما زاد على الثلث (مسئلة) فان لم يكن له وارث فهل له أن يوصي بماله كله فمذهب مالك انه لا يجوز وبه قال الشافعي وهو قول زيد بن ثابت وجوز ذلك أبو حنيفة وروى ذلك عن ابن مسعود وعلي بن أبي طالب والدليل على ما نقوله ان له من يعقل

قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الا أجرت حتى ما تجعل في في امرأتك قال فقلت يارسول الله أأخلف بعد أصحابي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملا صالحا الا ازددت به درجة ورفعة ولعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون اللهم امض لاصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرثي له رسول الله صلى الله عليه وسلم أن مات بمكة

عنه فلم يكن له أن يوصي بأكثر من الثلث أصل ذلك من ورثه بنوه (مسئلة) فاذا أوصى الميت بأكثر من الثلث فاجازته الورثة جاز ويكون ذلك تنفيذا منهم لفعل الموصي ولم يكن ابتداء عطية منهم للموصى له خلافا للشافعي في قوله انها ابتداء عطية قال القاضي أبو محمد والدليل على ذلك ان المنع انما هو لحق الورثة فاذا أجازوا فقد تركوا ما كان لهم من الاعتراض والفسخ لفعل الميت بمنزلة أن يأذنوا له قبل أن يوصي وبمنزلة حكم الثلث (مسئلة) وان رده الورثة رد منه ما زاد على الثلث وليس لهم رد شيء من الثلث ووجه ذلك ان حقوقهم انما تتعلق بما زاد على الثلث فليس لهم أن يتعدوه الى ما لم تتعلق به حقوقهم لان حقوقهم تتعلق بثلثي المال بمرض الموصي وانما تتعلق حقوقهم بالثلث الباقي بموت مورثهم دون وصية والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن مات ولا وارث له فقد روى محمد عن أبي زيد عن ابن القاسم يتصدق بما ترك الا أن يكون الوالي يجريه في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع اليه وكذلك من أعتق نصرانيا فات النصراني ولا وارث له فليتصدق بماله ولا يجعل في بيت المال ووجه ذلك أن الوالي ليس له أن يستبد به ولا يصرفه في غير وجوه البر فاذا كان ممن لا يصرفه في وجوه البر ساغ لمن كان بيده أن يصرفه في وجوه البر (مسئلة) ومن أوصى له من لا وارث له بجميع ماله فقد قال مالك يجزئه أن يتصدق بثلثه قال ابن المواز يتصدق بذلك عن المسلمين لا عن الميت ووجه ذلك ان ملك الموصي قد زال عن ثلثي ماله الى وارث معين أو غير معين فان كان معينا دفع اليه وان كان غير معين تصدق به عمن صار اليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى نصراني بجميع ماله للكنيسة ففي العتبية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم يدفع الى أساقفتهم ثلث ماله وثلثاه للمسلمين ووجه ذلك ان الذي اذا لم يكن له وارث فان ماله للمسلمين فالحكم في تركته بين المسلمين وبين الناظر في الكنيسة فيجري على حكم الاسلام فلا يجوز له وصية في أكثر من ثلثه (مسئلة) وهذا اذا أوصى بأكثر من الثلث دون اذن الورثة فان أذنوا له نفذ

(فصل) فان حملنا قوله أفأتصدق بثلثي مالي على ابتال الصدقة في المرض فان النبي صلى الله عليه وسلم قد منع من ذلك وانما أطلق اللفظ في الثلث على انه كثير وعلى هذا فقهاء الأمصار انه لا يجوز للمريض أن يبتل من ماله الا ثلثه بصدقة أو عتق أو هبة أو محاباة في بيع فان زاد على ذلك فالزيادة موقوفة مراعاة فان أفاق من مرضه ذلك فحكمه حكم الوصية ان أجازه الورثة والا رد الى الثلث ولا يعتبر في ذلك قبض الهبة لان حكمه حكم الوصية وشذ أهل الظاهر فقالوا بل يلزمه الجميع اذا قبضت الهبة أو الصدقة والدليل على ذلك قول سعد أفأتصدق بثلثي مالي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم لا ثم قال الثلث والثلث كثير وهذا بين في رد ما ادعوه ودليل ثان حديث عمران بن حصين في الذي أعتق في مرضه ستة أعبد ولا مال له غيرهم فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق اثنين ورد أربعة (مسئلة) اذا ثبت ان حكم الحجر يلحق المريض في ثلثي ماله لحق الورثة فقد قال القاضي أبو محمد في معونته انه يتعلق به حكم الحجر فيما زاد على قدر حاجته من الانفاق في الأكل والكسوة والتداوي والعلاج وشراء ما يحتاج اليه من الأشربة والأدوية وأجرة الطبيب ويمنع من السرف وما خرج عن العادة لان ذلك اخراج مال على غير عوض يستفيده أو ورثته فكان في معنى اضاعته وذلك ممتنع قال وله أن يتصرف في ماله بالبيع والشراء لان حق الورثة لم يتعلق بعين المال وانما تعلق بمقداره وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة ولا يمنع المريض من البيع والابتياع اذا لم يكن في ذلك محاباة أو ضرر بالورثة قال ابن القاسم وأشهب وهبته للثواب كبيعه (مسئلة) واذا باع

عبـدا ليس له غـيره فوضع فيه فان كانت المحاباة قدر ثلثه جاز وان كانت أكثر من ثلثه جاز منها قدر الثلث رواه على بن زياد عن مالك وفى الموازية عن ابن القاسم فمين أسلم فى سلعة ثم أقال منها فى مرضه فمات ولم يدع غيرها فان لم يكن فى ذلك محاباة فهو جائز وان كانت فيه محاباة خير الورثة بين الاجازة وبين ان يقطعوا له بثلث ماعليه ومثله روى ابن حبيب عن أصبغ وقال عيسى يمضى له منه مالا محاباة فيـه ثم يخير الورثة فى باقيـه فاما سلموه واما اقطعوه بثلث مال الميت فى باقى العبد وهذه الألفاظ كلها تعود الى معنى واحد وهو أن محاباته فى ثلثه وانما اختلفت عباراتهم لان بعضهم قصد الى بيان منتهى الحكم وبعضهم قصد الى صفة تناول الأمر والله أعلم وأحكم (فرع) فان قال المبتاع أنا أدفع بقية ثمن العبد وآخذه فقد قال عيسى وأصبغ ليس له ذلك قال عيسى ولا للورثة أن يلزموه ذلك يريد والله أعلم أنها لا تملك أخذ بقية الثمن منه (مسئلة) وانما ينظر الى قيمة المبيع يوم البيع لا يوم يموت البائع قاله أصبغ سواء كان البيع من وارث أو غـيره ووجه ذلك أن المبتاع يضمن المبيع من يوم البيع فيجب أن ينظر فى قيمته يوم البيع فان زادت بعـد ذلك القيمة أو نقصت فانما طرأ ذلك على ملكه (مسئلة) وان باع فى مرضه ورقا بذهب فحابى فى ذلك أو أوصى أن يباع ذلك منه وفيه محاباة أو لا محاباة فيه فهو جائز قاله أصبغ قيل قد قال قائل انه حرام للتأخير قال لا أرى ذلك الا حلالا لانه لم يرد به التأخير ووجه ذلك انه موقوف على الفسخ فهو جائز حتى يرد كالرد بالعيب (مسئلة) ومن نحل ابنه فى مرضـه فتزوج الابن لذلك ودخل أو زوجه هو بذلك فذلك مردود الى الورثة والنكاح ثابت وتتبعه الزوجة بالمهر من الموازية ووجه ذلك أنها هبة فى المرض فلا تفوت بالقبض وانما لها حكم الوصية ان مات من ذلك المرض

(فصل) وقوله انك ان تذر ورثتك أغنياء خـير من أن تذرهم عالة يتـكففون الناس يقتضى أن ذلك خير لسعد والا فلا فائدة له فيما هو خـير لغيره دونه وذلك يكون من وجهين أحدهما أن بقاء ورثته فى غنى عن الناس أطيب لنفسه من أن يدعهم عالة يتـكففون الناس وهـذا الذى جبل عليه أكثر الناس فامن أحد فى الأغلب الا يريد الخير والخصب لذريتـه وربما آثرهم فى ذلك على نفسه والثانى انه يحتمل أن يشير بذلك صلى الله عليه وسلم الى أنه أفضل له فى الآخرة وأكثر لاجره امالان حكم البنات يجب أن يكون فى ذلك حكم البنين واما لان صلة من قرب منه أولى من صلة من بعد منه وأعظم لاجره لقوله تعالى أو اطعام فى يوم ذى مسـغبة يتيما ذا مقربة أو مسكينا ذا متربة وقوله واعبـدوا الله ولا تشركوا به شـيأ وبالوالدين احسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل فقـدم الوالدين ثم ذا القربى ولما روى عنه صـلى الله عليه وسلم فى هذا الحديث واما لان حق الورثة قد تعلق بثلثى ماله تعلقا منع القليل منـه فخير له الرضا بذلك والتسليم لحكم الله تعالى فيـه من أن يتعدى الى اتلافه فتبقى الورثة بعـده فقراء عالة وانما ورد الأمر بالوصـية لمن ترك غنى دون من لا يتركه قال الله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصـية وفى الجملة أن هذا يقتضى أن الغنى فيه خير ولو كان الغنى شرا لـكان خيرا له أن لا يدع ورثته أغنياء

(فصل) وقوله وانك لن تنفق نفقة تبتغى بها وجه الله الا أجرت بها حتى ما تجعل فى فى امرأتك يقتضى أن النفقة اذا أريد بها وجـه الله والتعفف والتسـتر وأداء الحق والاحسان الى الأهل وعونهم بذلك على الخير من أعمال البر التى يؤجر بها المنفق وان كان ما يطعمه امرأته وان كان غالب الحال أن انفاق

الانسان على أهله لا يهمله ولا يضيعه ولا يسعى الا له مع كون الكثير منه واجبا عليه وما ينفقه الانسان على نفسه أيضا يؤجر فيه اذا قصد بذلك التقوى على الطاعة والعبادة

(فصل) وقوله رضي الله عنه قلت يا رسول الله أأخلف بعد أصحابي يريد والله أن يخلف بمكة بعد انصراف أصحابه الى المدينة مع النبي صلى الله عليه وسلم اشفاقا من بقائه في الأرض التي هاجر منها ومنع المرض له عن الرحيل مع أصحابه الى الأرض التي هاجر اليها وقد ذكر قوم أن هذا يدل على أن حكم الهجرة لم ينقطع بعد الفتح وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية و يحتمل عندي أن يكون معنى ذلك أنه لا هجرة بعد الفتح لمن لم يهاجر قبل الفتح يريد لا تفتتح الهجرة بعد الفتح وأما من هاجر قبل الفتح فان حكم الهجرة ثابت في حقه لازم له الى أن يتوفى يدل على هذا التأويل حديث العلاء بن الحضرمي انه انما أذن للمهاجر أن يقيم بمكة ثلاثا بعد الصدر فعلى هذا من لزمه حكم الهجرة ثبت في حقه وقد منع من الرجوع عنه ولزمه المقام مع النبي صلى الله عليه وسلم حيث أقام والنصرة له والحماية ومن لم يهاجر قبل الفتح لم يلزمه هذا الحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملا صالحا الا ازددت به درجة ورفعة يريد والله أعلم انك ان خلفت فعملت عملا صالحا ازددت به درجة و يحتمل أن يريد بقوله ههنا انك لن تخلف وجهين أحدهما أن يخلف بمعنى أن ينسأ في أجلك فتعمل عملا صالحا والثاني أن يخلف بمكة التخلف الذي أشفق هو منه فيكون معناه أن بقاءه بالأرض التي هاجر منها لضرورة المرض لا يبطل شيأ من هجرته بل ما عمل فيها من الأعمال الصالحة مكتوب له يزيد في درجاته و يرجح ميزانه في الدنيا والآخرة وانما يحبط من فضل الهجرة البقاء فيها على وجه الاختيار دون ضرورة الى الموت فيها على قول قوم فعلى هذا التأويل فيه اخبار لسعد انه لن يموت بمكة لقوله صلى الله عليه وسلم انه يزداد بالأعمال الصالحة مع المقام بمكة درجة ورفعة على ما كان عليه بعد الهجرة والى أن من مرض بمكة وهو على حكم الهجرة ولو كان بمكة على هذا التأويل لكان عمله بمكة لا يبلغه درجة المهاجرين فكيف أن يزداد به درجة ورفعة

(فصل) وقوله لعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام و يضر بك آخرون التخلف ههنا الابقاء بعد من يموت من النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه وقد قيل في تأويل ذلك ان سعدا امر على العراق فأتى بقوم ارتدوا عن الاسلام وسجعوا سجع الكهان فاستتابهم فأبى بعضهم فقتلهم فضر أولئك وتاب بعضهم فانتفعوا به و يحتمل عندي أن يكون اشارة الى بقائه بعده صلى الله عليه وسلم الى وقت ولي أمر الكوفة وغيرها وقاد الجيوش فانتفع به من استحق النفع واستضر به من استحق الضرر وكان في ذلك تنبيه له على أنه سيملك أن ينفع و يضر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اللهم امض لاصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم يحتمل أن يريد به أن البقاء مع الاختيار بمكة مما يؤثر في الهجرة وهو من باب الرجوع على العقب ومخالفة ما ابتدأهم الله به من الهجرة وأن توفيقهم وعونهم على ملازمة المدينة دار الهجرة من امضاء الهجرة لهم وتصحيحها في جنبتهم وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم خلف رجلا على سعد وقال له ان مات بمكة فلا تدفنه بها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لكن البائس سعد بن خولة البائس عند أهل اللغة الذي يتبين عليه أثر البؤس من شدة الفقر وقوله يرثى له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان مات بمكة ذكر ابن

من بن أن سعد بن خولة كان قد أسلم فأقام بمكة ولم يهاجر حتى مات فـكره له النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ورثى له وذكر البخاري أن سعد بن خولة شهد بدرا ثم انصرف الى مكة ومات بها وروى ابن بكير عن الليث انه توفي بمكة في عام حجة الوداع وقال الطبري توفي بمكة سنة سبع والقول الأول عندي أظهر وهذا ظاهر لفظ النبي صلى الله عليه وسلم انه رثى له ان مات بمكة وهذا يقتضي ان لموت المهاجر بمكة تأثيرا في هجرته وثلمالها اما أن يكون ذلك لمن اختار المقام بمكة واما أن يكون لمن مات بها على أي وجه كان وتعلق ذلك بالاختيار أظهر والله أعلم وأحكم على انه قل من مات بمكة من المهاجرين ولعله قد أجيبت فيهم دعوة النبي صلى الله عليه وسلم اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم ص ❊ قال يحيي سمعت مالكا يقول في الرجل يوصي بثلث ماله لرجل ويقول غلامي يخدم فلانا ماعاش ثم هو حر فينظر في ذلك فيوجد العبد ثلث مال الميت قال فان خدمة العبد تقوم ثم يتحاصان يحاص الذي أوصي له بالثلث بثلثه ويحاص الذي أوصي له بخدمة العبد بما قوم له من خدمة العبد فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو من اجارته ان كانت له اجارة بقدر حصته فاذا مات الذي جعلت له خدمة العبد ماعاش عتق العبد ❊ ش هذه المسئلة مبنية على جواز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار وبه قال أبو حنيفة والشافعي والثوري والليث وقال ابن أبي ليلى لا يصح ذلك وقال الطحاوي وهو القياس ودليلنا من جهة القياس أن هذا تمليك منافع فصح ذلك من غير بدل كالعرية (فرع) اذا ثبت ذلك فمن أوصي له بخدمة عبد أو سكنى دار جاز له أن يكري ذلك الا أن يعلم ان الموصي أراد أن يسكنها بنفسه خلافا لأبي حنيفة والدليل على ما نقوله ان هذه منافع فصح بدلها فجاز لمن ملكها أخذ عوض عنها كالمستأجر قال ذلك كله القاضي أبو محمد ❊ اذا ثبت ذلك فمن أوصى بثلث ماله لرجل ويخدم غلامه فلانا ماعاش ثم هو حر ففيه أربعة أبواب ❊ أحدها ان الوصايا اذا ضاق عنها الثلث وتساوت في التأكيد وقعت المحاصة فيها سواء كانت في لفظ واحد ووقت واحد أو أوقات مختلفة ومجالس شتى ❊ والباب الثاني في أخذ الموصى له ما يوجب الوصية له عند ضيق الثلث في عين ما أوصى له به ❊ والباب الثالث في المحاصة بالتعمير ومدة التعمير ❊ والباب الرابع في تبدئة بعض الوصايا على بعض والله أعلم وأحكم

(الباب الأول في التحاصص بالوصايا عند ضيق الثلث مع تساويها في التقديم)

أصل ذلك ان الوصايا مبنية على أن ينفذ منها ما أمكن الجمع بينه ولا يبطل منها الا ما لا يصح أن يجمع مع ما ثبت وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة فمن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه ان الثلث بينهما على خمسة أسهم ولو أوصى لآخر بجميعه لكان الثلث بينهما على أربعة أسهم خلافا لأبي حنيفة في قوله هو بينهما بنصفين والدليل على ما نقوله ان التفاضل في الوصية يقتضي التفاضل في القسمة كما لو اتسع الثلث لذلك وهذا حكم الفرائض في العول وقد ثبت ان الثلث سدسان والنصف ثلاثة أسداس فيكون لصاحب الثلث خمسا الثلث ولصاحب النصف ثلاثة أخماسه وهذا حكم الجميع مع الثلث لان في الجميع ثلاثة أثلاث والثلث المنفرد رابع وهو ربع الجميع فلصاحب الجميع ثلاثة أرباع الثلث الذي يلزم الورثة انفاذه ولصاحب الثلث ربعه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بعبد وهو سدس المال فانما الثلث بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب الثلث ثلثاه في كل شئ ولصاحب العبد ثلثه قاله أشهب في الموازية ووجه ذلك ان الوصية بالثلث استوعبت ما كان له أن يوصي به ثم زاد بعد ذلك الوصية بالعبد وهو سدس والوصايا مبنية على الجواز بما أمكن

قال يحيي سمعت مالكا يقول في الرجل يوصي بثلث ماله لرجل ويقول غلامي يخدم فلانا ماعاش ثم هو حر فينظر في ذلك فيوجد العبد ثلث مال الميت قال فان خدمة العبد تقوم ثم يتحاصان يحاص الذي أوصى له بالثلث بثلثه ويحاص الذي أوصى له بخدمة العبد بما قوم له من خدمة العبد فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو من اجارته ان كانت له اجارة بقدر حصته فاذا مات الذي جعلت له خدمة العبد ماعاش عتق العبد

ذلك فوجب التحاص (مسئلة) ومن أوصى بعبده ميمون لزيد ثم أوصى به لعمرو ولم يذكر رجوعا عن الوصية الاولى فانه يكون بينهما بنصفين رواه ابن عبدوس عن مالك وابن القاسم وأشهب وكذلك لو كانت دارا لكانت بينهما أو ما حمله الثلث منها وبه قال جمهور العلماء وقال عطاء وطاوس هو للآخر ودليلنا ما قدمناه ان الوصايا مبنية على المحاصة لانها حقوق مقدرة فى المال تنتقل عن ميت الى مالك دون عوض كالمواريث التى يدخلها العول (فرع) اذا ثبت ذلك فقد حكى ابن المواز انه بينهما حتى يتبين أن القول الآخر رجوع عن الأول مثل أن يقول عبدى الذى أوصيت به لزيد هو لعمرو فهذا رجوع فان لم يقبله الثانى فلا شئ فيه للاول وقال القاضى أبو محمد فى معونته وذكر فى المجموعة والموازية اذا قال عبدى لفلان وهو لفلان فهو بينهما فان رد الثانى فنصيبه للورثة فأما قوله هو لفلان وهو لفلان فوجه التشريك فيه ظاهر وأما قوله عبدى الذى أوصيت به لزيد هو لعمرو وأنه رجوع فوجه ذلك أن قوله عبدى الذى أوصيت به لزيد ابتداء كلام غير مستقل بنفسه حتى يقترن به الجواب وجوابه هو لعمرو وذلك يقتضى أن هذا جميع الخبر وذلك يفيد نقل الوصية بجميع العبد كما لو قال عبدى ميمون لعمرو واذا قال عبدى ميمون وصية لزيد ثم قال فى ذلك المجلس أو مجلس آخر عبدى ميمون لعمرو فان كان كل واحد من القولين قائما بنفسه مستقلا بخبره لا يفيد الا ما يفيده الآخر فوجب التشريك وفى المدونة من قال العبد الذى أوصيت به لفلان هو وصية لفلان رجل آخر فقد قال مالك ان كان فى الوصية الأخيرة ما ينقض الأولى فهى ناقضة لها فلم يصرح بأن الثانية ناقضة لما كانت عنده محتملة أو غير بينة وانما الرجوع البين عن الوصية أن يقول هو لزيد بدل لعمرو أو يقول قد صرفته من زيد الى عمرو فانما الاعتبار بالتصريح بصرفه عن الموصى له به أولا ولا اعتبار بالنص على أن جميعه للموصى له به آخرا والله أعلم (مسئلة) ولو أوصى بعبد لوارث من ورثته ثم أوصى به لاجنبى ففى الموازية عن ابن القاسم وأشهب انه بينهما وان لم يجز الورثة نصيب الوارث رجع ميراثا ووجه ذلك انه أوصى به فى وجهين فاقتضى ذلك التشريك بينهما الا أن نصيب الوارث للورثة فيه الخيار بين الاجازة والرد ولا خيار لهم فى نصيب الأجنبى ولا فى شئ منه اذا حمل الثلث العبد ولو أوصى لاجنبى ولوارث لا وارث له غيره ففى المدونة أن الأجنبى مقدم فى الثلث ووجه ذلك أن هذه الوصية للوارث لا تأثير لها لانه انما يصير له بها ما كان يصير له دونها فلذلك قدم الأجنبى عليه واذا أوصى لاجنبى ولوارث من جملة ورثته كان لوصية الوارث تأثير لانه أعطاه بها ما لم يكن له دونها فلم يقدم الأجنبى عليه (مسئلة) ومن أوصى بعتق عبد ثم أوصى به لرجل فهو رجوع وكذلك لو أخر الوصية بعتقه قاله ابن القاسم وقال أشهب فى الموازية العتق يبدأ وحكى القاضى أبو محمد ان العتق مبدأ قدم أو أخر وجه قول ابن القاسم ما ذكر القاضى أبو محمد ان العتق لا يجوز الاشتراك فيه لانه بمنزلة ابتدائه فاذا امتنع ذلك لما فيه من المنع حمل على الرجوع ووجه قول أشهب ما احتج به من أن الوصيتين اذا اجتمعتا فى عين قدم العتق وليس ذلك بمعنى الرجوع عن الوصية وان تعلقت بجميع العبد كما لو أوصى به لزيد ثم أوصى به لعمرو والفرق بينهما على قول ابن القاسم أن الوصية بالعتق وصية بازالة ملك والوصية بتمليك العبد وصية بتمليك والفرق بينهما أن حصص التمليك يجمع بينها فى المحاصة فى التفليس وغيره ولا يجمع بينها وبين العتق وأيضا فان الوصايا يحاص بينها اذا اجتمعت فى التمليك ولا يحاص بينها اذا كان بعضها بعتق وبعضها بتمليك وذلك يدل على معنى الاشتراك والله أعلم (مسئلة) ومن أوصى لزيد بعبيد سماهم ثم أمر رجلا

آخر ببيع كل عبد له ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن وهب يسأل الآمر فان كان
مات قبل ذلك نفذت الوصية ولم تغير الا بأمر بين وقال ابن القاسم أمره ببيع كل عبد رجوع
عن الوصية كما لو أمر أن يتصدق عنه بكل ماله في ذلك البلد على رجل لكان رجوعا والصدقة أثبت
من الوصية وكذلك لو أعتق كل عبد له بذلك البلد لكان العتق أولى ووجه قول ابن وهب ان
اللفظ الخاص واللفظ العام اذا تعارضا كان اللفظ الخاص أولى فيما قابله من العام لأن اللفظ
الخاص يتناول ما يقع تحته على وجه لا يحتمل غيره واللفظ العام يتناوله على وجه محتمل وقول ابن
القاسم مبني على مذهب أبي حنيفة في أن اللفظ العام المتأخر يرفع حكم اللفظ الخاص المتقدم وقول
ابن وهب أجرى على أصول أصحابنا وهذا قد ذكرته في أحكام الفصول بما يغني الناظر فيه ويجب
أن لا يسمى ما ألزمه ابن القاسم من الصدقة بجميع ماله في ذلك البلد اذا كان الموصى بهم من جملة
ماله في ذلك البلد وكذلك العتق (مسئلة) ومن أوصى بعبده لزيد ثم أوصى ان يباع أو قال
بيعوه من عمرو ففي المجموعة والموازية عن أشهب انه رجوع قال الا ان يقول عبدي لزيد وبيعوه
من عمرو وليبع من عمرو بثلثي ثمنه ويعطى ذلك لزيد وجه ذلك ما مضى غير انه فرق بين ان
يوصي بالعبد لزيد ثم يوصي به على الاطلاق أو من عمرو وبين أن يوصي به لزيد ثم يقول بيعوه من
عمرو وقد كان جمع بينهما اذا أوصى به لزيد ثم قال هو لعمرو فجعل للوصية بالبيع تأثيرا في أحد
الوجهين وذلك أن البيع انما تتناول الوصية به ازالة الملك فأشبه العتق من هذا الوجه والبيع
يتضمن التمليك ولا يتضمنه العتق بل ينافيه والله أعلم (مسئلة) ومن أوصى بعبده لزيد ثم قال بعد
ذلك خدمته لعمرو وقال أشهب في المجموعة ليس هذا برجوع والغلة والخدمة سواء فان حمله الثلث
استخدماه واستغلاه جميعا بالسواء وان لم يحمله الثلث فلورثته ان يحرروا ان يسلموا اليهما ثلث
الميت ووجه ذلك ان المقصود من العبد الخدمة فلما آثر منه المسمى على الاطلاق وبلفظ الاستيعاب
ساوى الذي أوصى له برقبته لأن ذلك أيضا يقتضي استيعاب الخدمة فيتساويان في ذلك لما قدمناه
ان حكم الوصيتين التشريك ما أمكن ذلك ولم ينافي ان تكون الخدمة بينهما حملت الوصيتان على
ذلك وليس ذلك بمنزلة الذي يوصي برقبته لاحدهما وللآخر أن تباع منه فانه محال أن تبقى رقبته
لزيد مع بيعه من عمرو فجعل عند الشريك على مقتضى وصيته على واحد منهما وهو أن تباع من
عمرو ويصرف الثمن الى زيد لانه بدل رقبته التي أوصى له بها لانه كانه لما وصى ببيعه ولم يرد بذلك رد
ما تقدم من وصيته به لزيد فقد أبقى له ثمنه (مسئلة) ومن أوصى لزيد بخدمة عبده سنتين ثم هو
حر ثم أوصى لعمرو بخدمته سنة انهما يتحاصان في خدمته سنتين يضرب صاحب السنتين بسهمين
وصاحب السنه بسهم ولو قال يخدم زيدا سنة ثم هو حر ثم قال يخدم فلانا سنتين لتحاصا في خدمة
السنة لزيد ثلثها ولعمرو ثلثاها فيكون حرا قاله كله ابن القاسم في المجموعة ووجه ذلك انه استثنى
في المسئلة الأخيرة خدمة سنتين قبل العتق واستثنى في المسئلة الثانية سنة قبل العتق ثم أوصى
بخدمة سنتين فسلمت السنة الأولى من معارضة العتق وعارض العتق الخدمة في السنة الثانية فقدم
العتق وفرق ابن القاسم بين هذه المسئلة وبين الذي أوصى بعتق عبده ميمون ثم أوصى به لعمرو
فجعل ذلك رجوعا لان العتق يبطل في تلك السنة وهو في مسئلته باق ثابت الحكم فلم تكن الوصية
بخدمة السنة الثانية رجوعا عنه (مسئلة) ومن أوصى بثلاثة أعبد له لزيد ثم أوصى بواحد مسمى
منهم لعمرو ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان حمل ذلك الثلث فالعبدان لزيد والعبد

الثالث بينه وبين عمرو بنصفين ووجه ذلك ان في العبد الواحد وقع التشريك فكان بينهما والعبدان سلما من ذلك فسلما لمن أفرد بهما (مسئلة) ومن أوصى لزيد وعمرو بالمائة التي على خالد ثم أوصى بها لزيد فليضرب فيها زيد بمائة وعمرو بخمسين رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك انه لما كانت المائة معينة لمن هي عليه لم تتعدها الوصية ولما أوصى بها لزيد وعمرو وكان كانه أوصى بخمسين منها لكل واحد منهما ثم لما أوصى لزيد بها مرة أخرى فقد أوصى له بمائة بعد ان أوصى له بخمسين فسقطت الخمسون وكان له مائة يضرب بها ويضرب عمرو بخمسين فيكون لزيد ثلثا المائة ولعمرو ثلثها والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا أوصى لرجل بجزء من ماله وأوصى لآخر بدنانير مسماة وضاق الثلث عن الوصيتين ففيها ثلاث روايات احداها تبدئة الجزء على التسمية والثانية تبدئة التسمية على الجزء والثالثة المحاصة بينهما ذكر ذلك القاضي أبو محمد وبالرواية الثالثة قال ابن القاسم في المجموعة قال القاضي أبو محمد وجه الرواية الأولى ان الجزء آكد في باب الوصايا من التسمية ألا ترى انه لو أوصى له بألف فتلفت التركة كلها الا الألف لم يستحق الموصى له الا ثلثها فبطلت التسمية ورجعت الى حكم الجزء ووجه الرواية الثانية ان التسمية آكد من الجزء للنص على قدرها بوجه غير محتمل والجزء لا تتقدر به الوصية الا بوجه محتمل ووجه الرواية الثالثة انهما جهتان للاستحقاق بالوصية فلم تكن احداهما أولى من الاخرى ورجع الى المحاصة واستدل سحنون على المحاصة انه قد انتقص كل واحد منهما بما أدخل عليه من صاحبه

(الباب الثاني في أخذ الموصى له ما توجب الوصية له عند ضيق الثلث في عين ما أوصى له به)

وذلك ان الوصية لا تخلو أن تكون عروضا كلها أو عينا كلها أو بعضها عين وبعضها عرض فان كانت التركة عروضا كلها أو بعضها عرض وبعضها عين فأوصى له بعرض معين يحمله الثلث فقد روى علي بن زياد فيمن أوصى له بعبد ثمنه عشرون دينارا وله أموال عريضة فقال الورثة لا نحب أن نخلص له العبد فليس ذلك لهم الا فيما لا يسعه ثلثه أو يشكل اتساعه له فيخير وا بين الاجازة والقطع بثلث جميع مال الميت ووجه ذلك انه أوصى بالعبد وهو دون الثلث وله التصرف في ثلث ماله فليس للورثة منعه من ذلك الا لوجه مضرة تلحقهم بتعيينه أو الزيادة على الثلث فيرد عند ذلك الى الثلث الذي هو نهاية ماله فيه من التصرف وهذا على أحد قولي مالك وذلك ان من أوصى لرجل بعبد وهو أكثر من ثلثه فلم يجز الورثة فقد اختلف فيه قول مالك فقال أولا يقطع فيه بثلث الميت وبه قال عبد الملك وابن كنانة ورواه علي بن زياد عن مالك في هذه المسئلة ثم رجع فقال يقطع له بالثلث في تلك العين الموصى بها واختاره ابن القاسم وأشهب وروى القولين عنه ابن القاسم وأشهب وجه القول الأول ان هذه وصية عالت على الثلث فاذا لم تجز الورثة ردت الى ثلث التركة كما لو كان معظم المال غائبا أودينا ووجه القول الثاني ما احتج به أشهب ان العبد لو مات قبل أن يخلع الثلث لبطلت الوصية ومعنى ذلك انه لما كان من ضمان الموصى له دل ذلك على اختصاص وصيته بتلك العين فلا ينقل عنها وانما يبطل ما زاد على الثلث (مسئلة) ولو أوصى بدنانير والتركة كلها عروض فقال ابن القاسم اذا كانت التركة عروضا حاضرة وأوصى بدنانير فلا ينا جزفيها وتباع عروضه وتعطى الدنانير ولا يخلع له الثلث ان لم يصبروا عليه حتى تباع العروض وتعطى قال ابن المواز وهذا كالعين الحاضرة لا تعيين فيه بخلاف الدين والمال الغائب وليعجل وصية الميت فاذا ترك مائة دينار وعروضا وأوصى بمائة دينار فلا ينتظر بيع ذلك وتعجل وصية الميت من المائة العين

ووجه ذلك انه ليس ههنا ما يوجب النقل عما أوصى به الميت واذا أخرج الثلث صاحب الوصية على وجهه فلا تخيير بالقطع بالثلث لمن أباه من الورثة أو الموصى له (مسئلة) فان كان فى التركة دنانير وعروض فأوصى له بدنانير فقد قال أشهب فى المجموعة فيمن أوصى بعشرة دنانير معينة لم يخلف عينا غيرها وله عروض وسرارى ورقيق ودواب قال الشيخ أبو محمد يريد حاضرة تدفع اليه العشرة الدنانير وان كره ذلك الورثة ولو لم يخلف من العين الا خمسة دنانير لأخذها ويبع له بخمسة قال ابن القاسم فى المجموعة ان لم يكن فيما ترك من العين ما يخرج ذلك من ثلثه خير الورثة بين الاجازة أو القطع بالثلث وقال عبد الملك اذا استأثر عليهم بالعين وأبقى العروض والدين فلهم الخيار فى خلع الثلث وليس ذلك بمنزلة العرض وقد تقدم من قول أشهب ان وصيته بالعين تنفذ ما لم تزد على الثلث وجه قول ابن القاسم ان للعين مزية بحضور منفعة أو عموم ما فيه يصل الى كل شئ من ساعته وسائر العروض منفعتها خاصة ومن أراد أن ينتقل من منفعتها الى منفعة أخرى لم يتيسر ذلك عليه كتيسره بالعين فلم يكن للموصى الاستبداد بالعين وكان له الاستبداد بعرض من العروض فلما كان للعين هذا الحكم المفرد صار له حكم التركة المفردة فرجع ثلثه وفيه معنى آخر انه اذا أبى الورثة من الاجازة تنقل على قول ابن القاسم الى ثلث التركة وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية فيمن أوصى لرجل بدار ولآخر بعبد ولآخر بحائط فكان ذلك أكثر من الثلث انه يعطى لكل واحد منهم ما تخرج له المحاصة فى العين التى سميت له فلو أوصى مع ذلك لرجل آخر بمائة دينار لقطع لهم بالثلث فى جميع التركة دون ما سمى لهم قال لان الوصايا قد عالت ولا بد من بيع ذلك أو بعضه لسبب العتق * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى يقتضى انها تركة لا عين فيها فلما احتيج الى بيع شئ منها من أجل الوصية بالعين وقعت المحاصة بين صاحب العين وأصحاب الأعيان ونقلت الوصية الى ثلث التركة لما اجتمع فيها عين أو أعيان وهى كلها عروض (مسئلة) وهذا اذا كانت التركة حاضرة فان كانت غائبة أو دينا ففى المجموعة لأشهب فيمن أوصى بهذا العبد بعينه لزيد وبهذا الفرس بعينه لعمرو وهما حاضران فان خرجا من ثلث ما حضر مضى ذلك والا انفذ منهما ما يخرج من الحاضر فان كان جميع الحاضر ثلاثمائة الفرس مائة والعبد مائة أعطى كل واحد منهما نصف ما أوصى له به وخير الورثة بين أن يعطوهما النصف الثانى أو يعطوهما ثلث المال الغائب وهذا قول أشهب قال ابن المواز وقد قيل هذا ونحن نستحسن ان لم يجز الورثة أن يعطى الموصى لهما فيما حضر وغاب وكل شئ منه فعلى قول أشهب لا تنتقل الوصية الى الثلث مع احتمال الثلث لها وان نقلت غيبة المال استيعاب الوصية فى العين الموصى بها وانما ينقل الى استيعاب الوصية فيها أن يزيد على ثلث التركة كلها وعلى قول ابن المواز ان كل مانع استيعاب الوصية فى العين الموصى بها نقل الى الثلث كالزيادة على الثلث وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية فيمن أوصى لرجل بعشرة دنانير ولم يترك الا مالا غائبا أو ديونا فأراد الموصى له أن يعجلوها له وقال الورثة نتقاضى ونعطيك فليخير الورثة فاما عجلوا له العشرة أو يقطعوا له بالثلث فيتقاضى لنفسه وينتظر ما غاب فجعل تغيب المال والدين ينقل الى الثلث وروى ابن حبيب ومطرف عن ابن الماجشون فيمن أوصى لرجل بعشرين ومائة دينار وليس فى تركته حاضر الا مائة دينار وسائره غائب خير الورثة فان شاؤا أعطوا المائة الحاضرة وأتموا له من المال الغائب وصيته والا أعطوا له ثلث التركة حاضرها وغائبها (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فقد قال ابن المواز عن ابن القاسم وكذلك

لو أوصى له بدنانير معينة لا تخرج من حاضر ماله وله مال غائب فقد قال أصبغ في الموازية والعتبية سواء عند أصحابنا في قول مالك أوصى بدنانير معينة أو غير معينة اذا لم يخرج مما حضر وانما اتبعهم فيه ورأى في الاستحسان ان كانت الدنانير معينة ولم يحملها الثلث ولم يجز الورثة فليعط الثلث من كل شئ قال الشيخ أبو محمد يريد على أحد قولي مالك وأخذ ابن القاسم بقول مالك الآخر انه يحمل محمل الثلث في الدار قال أصبغ وأما ان أوصى بدنانير غير معينة فهي جارية في المال على ماشرط ويأخذ من كل ماحضر ونض ثلثه ومن ثمن مابيع حتى يتم له ماأوصى له به ولا يكون له ثلث التركة قال ابن المواز ولا يعجبنا قوله والصواب قول مالك التعجيل أبرأ لان الميت أراد تعجيل المائة فلم ينفذ له ذلك فيلزمهم الخروج من الثلث

(فصل) وقال عبد الملك في المجموعة اذا أوصى بعشرة دنانير معينة ولم يدع عينا غيرها وله أموال كثيرة منها البعيد الغيبة والأجل البطىء بيعه والدين المغيب فللورثة أن يدفعوا العشرة أو يعطوا ثلث الجميع وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية فيمن لم يترك الا ثلاث دور وأرضا وأوصى لرجل بخمسة دنانير يلزم الورثة أن يعطوها اياه أو يقطعوا له ثلث الميت ولا يبيع السلطان من دوره بخمسة دنانير قال وقاله مالك فيه وفي المال الغائب والمفترق فعلى هذه المعاني الناقلة مع احتمال ثلث التركة الوصية أربعة اثنان متفق عليهما كون المال غائبا أو دينا ومعنى ثالث مختلف فيه على ماتقدم وهو أن تكون الوصية عينا وباقي المال عرضا ومعنى رابع وهو ان تكون الوصية عينا معينا وباقي الوصية أصلا ينتظر بيعه (مسئلة) ومن كان له زرع أخضر وثمرة صغيرة وأوصى بوصايا يضيق عنها الثلث وترك رقيقا فان كانت الوصايا بمال فليبع الرقيق ولا يوقف ويعطى لأهل الوصايا ثلث مانض فاذا حان بيع الزرع والثمر بيع فأخذوا ثلث الثمن وأما ان كان في الوصايا عتق فأوصى ببعض الرقيق لأحد فلا يباع من فيه وصية ويوقف فاذا حل بيع الزرع بيع ولا يقسم من المال شئ ثلث ولا غيره حتى يباع الزرع الا ان يجيز الورثة ذلك فيقسمه ون بقية المال ويبقى لهم الزرع ولو أوصى بعتق جميع الرقيق لم يعتق منهم أحد حتى يحل بيع الزرع فيباع ويعتق منهم محمل الثلث رواه عيسى وأصبغ عن ابن القاسم قال أصبغ الا ان يطول أمد الزرع في أول مايبذره ويتأخر عنه الأشهر الكثيرة وفي ذلك عطب الحيوان والضرر على العبيد فليعتق منهم ماحضر ويرجأ الزرع وقد روى أشهب عن مالك في الموازية فيمن أوصى بعتق عبده وله مال حاضر وغائب ولا يخرج من ثلث الحاضر انه يوقف العبد حتى يجتمع المال فيعتق وقاله ابن القاسم فيما يقرب من الأشهر اليسيرة وقال أشهب بل يعجل من عتق العبد ماحمله ثلث الحاضر ولو لم يحضر غيره وكلما حضر بعد ذلك شئ زيد فيه عتق ثلث ذلك حتى يتم عتقه أو يؤيس من المال ولا يوقف جميع العبد لاجتماع المال ونحوه قال ابن القاسم في المدة البعيدة قال سحنون لو كان ماقاله أشهب لأخذ الميت أكثر من ثلثه لأنه استوفى ثلث الحاضر فصار باقي العبد موقوفا على الورثة (فرع) اذا ثبت ذلك فمن أوصى له بدنانير والتركة عروض حاضرة فقد قال ابن القاسم في الموازية يصبر حتى تباع العروض ويعطى وكذلك ان أوصى له بعبد لم يعجل حتى يعرف الورثة تجهيل المال بالقيمة قال محمد ليعرف خروجه من الثلث وقال أشهب في المجموعة تباع له من ساعته الا أن يكون ضرر فيؤخر اليومين والثلاثة والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث فى المحاصة بالتعمير ومدته)

قد قال مالك فى الذى يوصى بثلث ماله لزيد وبخدمة عبده لعمرو ماعاش ثم هو حر والعبد ثلث مال الميت فان خدمة العبد تقوم قال أشهب فى المجموعة والموازية تقوم خدمته أقل العمرين على غررهما غير مضمونة ان مات أحدهما قبل ماجعل له من التعمير فما صار له حاص به الذى أوصى له بالثلث بمنتهى الثلث فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو اجارته بقدر حصته فاذا مات الموصى له بالخدمة عتق العبد (مسئلة) ولو أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ثم هو حر ولم يترك غيره ولم يجز الورثة فقد قال ابن القاسم فى المجموعة يعتق ثلث العبد وتبطل الخدمة قال أشهب كنت أقول يخدم بثلثه فلانا سنة ثم هو حر كما يفعل ذلك اذا كان العبد ثلث الميت ثم رأيت أن يبدأ العتق على الخدمة لما حالت وصية الميت فكان مالك يقول القول الاول ثم رجع مالك الى هذا القول وقاله ابن كنانة وجه القول الاول ان العبد لو أعتق جميعه لزمته الخدمة فاذا عتق ثلثه أيضا لم تخرجه الخدمة عما أوصى له به ولا يزيده فى العتق اسقاط الخدمة فلزمت الخدمة ما أعتق منه ووجه القول الثانى ان الثلث اذا ضاق عن الوصايا قدم العتق المعين وذلك يقتضى ابطال الوصايا واذا لم يعتق من العبد الا ثلثه فلم يمنع ضيق الثلث نفوذ الوصية وذلك يوجب انفاذ عتق ماحل الثلث منه ولا يصح ذلك الا بابطال الخدمة والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان قدم التعمير المذكور فى الوصية بالخدمة عمره أو بالنفقة عمره روى أشهب عن مالك فى العتبية وغيرها يعمر ون سبعين سنة وروى ابن كنانة عن مالك ثمانين سنة وروى القاضى أبو محمد فى معونته عن ابن الماجشون تسعين سنة وروى على بن زياد عن مالك يعمر أعمار أهل زمانه وقال ابن المواز التعمير فى المفقود من السبعين الى المائة وقال عبد الله بن عبد الله بن عبد الحكم والمائة كثير وجه القول الاول ان السبعين هى نهاية العمر المعتاد غالبا وانما يزيد على ذلك النادر ولا يحكم بذلك لأن من يعمر عليه حق فى ذلك فيجب أن يراعى حق الجانبين ووجه القول بالثمانين انه عمر قد يبلغ مع الصحة والتصرف وأما الزيادة عليه وان كانت وشذت فانما يكون فى حكم المرض فكان حكم التعمير أولى بالثمانين ووجه القول بالمائة انه على حكم الحياة غاب فلا يقضى عليه بالموت الا باليقين أو ما يقوم مقامه من الامر الذى لا يبلغه أحد فى زماننا وهى المائة وان أدى بلوغه لأحد فانه لا يصح أو يشذ شذوذا لا يرجى لأحد مثله وقد تقدم فى المفقود من ذكر التعمير اذا أضيف الى هذا بلغ منه المقصود ان شاء الله تعالى (مسئلة) وحكم التعمير ان ينظر كم مضى من عمره الى يوم يستحق الاخذ من الوصية وينظر كم بقى له من ذلك الوقت من التعمير فيحاص بما يجب له من النفقة والكسوة والسكنى أهل الوصايا وانما قلنا ذلك لأنه لا يدرى كم يعطيه ولا كم يوقف له من الوصية الا بهذا الوجه ولو أوقفنا له جميع التركة لأضررنا بالورثة وأهل الوصايا ولو دفعنا جميعها الى الورثة وأهل الوصايا لقطعنا حقه من الوصية وأبطلنا مراد الموصى منها مع جوازها فلم يكن بد من التعمير ليتوصل بذلك الى استيفاء حقه من الوصية وايصال الورثة وأهل الوصايا الى حقوقهم منه والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا أوصى له بالنفقة أو الخدمة عمره فعمر وحاص أهل الوصايا بذلك فهل يدفع اليه ما أصابه فى المحاصة من النفقة أو يوقف له قال القاضى أبو محمد فى معونته يوقف له ولا يدفع اليه ووجه ذلك انه انما يستحق ذلك الذى لكونه فى تلك المدة حيا وقد تخترمه المنية قبل ذلك وقد أتلف ما خرج له التعمير وذلك ممنوع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان زاد عمره على ما عمر أو قصر عن ذلك ففى الموازية والمجموعة عن ابن القاسم ما بقى بعد انقضاء عمره رد الى أهل الوصايا يتحاصون

فيه ثم ان بقي منه شيء بعد تمام وصاياهم رجع الى الورثة وان فني ما أصابه وهو حي لم يرجع على أهل الوصايا بشيء ولم يؤتنف له تعمير وهو حكم مضى والقياس ان يؤتنف التعمير و يرجع على أهل الوصايا قال ابن المواز ولا يعتدل قوله انه يرد على أهل الوصايا ما فضل عنه مع قوله ان فني وهو حي لم يرجع عليهم ولا أراه كله الا من قول أصبغ وما أصابه فهو مال من ماله لا مرجع فيه لأحد ولا شك ان ابن القاسم الى هذا رجع والقول الآخر في ائتناف التعمير في فناء ما أعطى قبل موته أو موته قبل أن يفنى هو قول أشهب و بقول ابن القاسم أقول

(الباب الرابع في تبدئة بعض الوصايا على بعض)

قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة وغيرها لا ينظر الى ما قدمه الميت بالذكر في كتاب وصيته وانما يبدأ بالأوكد فالأوكد الا أن يكون قال كذا وكذا فيبدأ على ما هو أوكد منه وفي هذا الذي قاله لا ينظر الى ما قدمه الميت في الذكر وفي اطلاقه نظر فقد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون ان ذلك في ماله أن يرجع عنه فأما ما لا يرجع عنه من عتق بتل في مرضه وعطية بتلت وتدبير فيه فلا يبدأ بالأوكد ولكن بالأول وهذا الذي قاله ابن الماجشون يلزم عليه أن يقدم المدبر في الصحة على صداق المريض لان مدبر الصحة ليس له الرجوع عنه و يلزم على الاطلاق قوله في العطية البتلة أن لا يقدم المدبر في الصحة على وصيته في الصحة بعتق عن قتل خطأ أو ظهار لان ذلك مما ليس له الرجوع عنه الا أن يريد بذلك ما يلزمه فتتعين المطالبة به فيلزم على ذلك مدبر الصحة على كل وجه وقال ابن حبيب باثر ذلك ولو أوصى بهذه الكفارات و بالزكاة وقال زيدوا على ذلك عشرين دينارا أوصيت بها لفلان لندب بت قال وقاله أصبغ فذهب في اللزوم ومنع التبدئة الى ما بتل من عتق أو عطية وقد تقدم له انه يمنع ذلك وان شرط التبدئة في تدبير المرض فحصل من هذا أن المدبر والموصى بعتقه سواء ولا يكاد يتحصل له أصل الا على ضعف وهذه الزكاة التي أوصى بها في الصحة أو في المرض قبل عتق بتل أو معه في لفظ واحد فأما ان بتل عتق عبده ثم أوصى بزكاة فرط فيها فليس له ذلك قاله ابن المواز ورواه ابن وهب وابن القاسم في المجموعة عن مالك على الاطلاق ان الزكاة مقدمة على عتق البتل والتدبير في المرض وفسره سحنون فقال هذا ان كانت الوصايا معا أو كانت الوصية بالزكاة قبل وقال ابن القاسم في المجموعة ان برىء المريض فدبر عبدا ثم بتل عتق آخر بدىء بالتدبير ولو بدأ بالعتق لبدىء العتق لانه قد ثبت لهما من الثلث ما لا يرجع فيه فهما متفقان في الموت قال ابن المواز ولم يختلف في هذا قول مالك وأصحابه فجعل التقديم في المرض وجها من الترتيب على الاطلاق و يلزم عليه ما قدمناه من المدبر في الصحة وقد قال أشهب في المجموعة اذا كان التدبير مع الزكاة والكفارة في لفظ واحد وان كان التدبير بعد ذلك فالزكاة والكفارات مقدمة عليه قال هو والمغيرة واذا دبر عبده ثم أوصى بزكاة وكفارات ايمان قدم المدبر فراعى التقديم في الوصية باللازم وانما راعى التأكيد في اللفظ الواحد وما كان في حكم اللفظ الواحد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد اختلف فيما يبدأ به مما يكون في الثلث فقال العتبي وابن المواز يبدأ بصداق المريض قال أشهب عن مالك في العتبية وان كان أكثر من صداق مثلها واختلف قول ابن القاسم فيه وفي تدبير الصحة فقدم المدبر مرة قال ابن المواز و به قال مالك وأصحابه قال العتبي وابن المواز وقدم الصداق أخرى و به قال عبد الملك في المجموعة وروى عن ابن القاسم رواية ثالثة يسوى بينهما بالمحاصة فوجه القول بتقديم الصداق لانه مختلف في كونه من رأس المال وقال ابن الماجشون في المجموعة

هو كالجناية ووجه آخر انه ان صح من هذا المرض صار كالدين يتعلق بالذمة ورأس المال والمدبر لا ينتقل من الثلث ووجه القول الآخر انه أمر لازم في الصحة فكان مقدما على ما يلزم في المرض كما يقدم على العتق البتل في المرض (مسئلة) فاذا ثبت تقديم هذين الاثنين فلا خلاف في تقديمهما على كل ما يكون في الثلث الا ما قاله أشهب في المجموعة وهو ما قدمناه ذكره ان الزكاة والكفارة مقدمان على التدبير وجه قول مالك وأصحابه ان التدبير أمر لازم حال الصحة مختص بالعتق وللعتق تأثير في التقديم ووجه قول أشهب أن هذه حقوق لازمة متقدمة بالشرع فكانت مقدمة على ما يلتزمه المرء من نفسه ولذلك قدم على سائر الوصايا (فرع) اذا ثبت تقديم الصداق والمدبر فقد قال ابن المواز تليهما الوصية بما فرط فيه من الزكاة وقاله ابن القاسم في الموازية والعتبية وقال مالك الزكاة مبدأة على كل كفارة وعتق وابتال في المرض ووصيته يريد بذلك اذا أوصى بها وروى البرقي عن أشهب ان العتق بريد المعين يقدم على الزكاة والزكاة تقدم على الصدقة قال محمد وقول ابن القاسم أحب الينا وقال ابن الماجشون في الواضحة اذا أوصى بوصايا بزكاة لعامه أو لعام فارط وزكاة فطره وكفارة ظهار وقتل وجزاء صيد وكفارة أيمان وما بتل في مرضه من عطية أو صدقة أو حبس أو أصدق عمن ليس بولد فذلك مبدأ على الزكاة يوصي بها مما قد فرط فيهما وعلى غير ذلك من الوصايا وكذلك المدبر في المرض مقدم على الزكاة المفرط فيها اذا أوصى بها فهذه الواجبات كلها لا يقدم بعضها على بعض وتقدم هي على الوصايا وجه القول الأول ان الزكاة اقرار بأمر مقدم وجوبه بالشرع فكان مقدما على ما ثبت من فعله وعلى ما أوجبه هو على نفسه كالصلوات والصوم ما وجب منها بالشرع آكد مما أوجبه هو على نفسه وقد قال ابن حبيب ان المبتل في المرض يقدم على الزكاة لانه لو شاء قال لم تكن على زكاة وقاله كله مالك فقد كنت أقول انه أراد به أوصى بالزكاة حال مرضه بعد العتق لكنه علل بما قدم وذلك يقتضي ضعفها عنده لما كانت مصروفة الى أمانته وهذه صفة تساوي الوصية بها حال الصحة وحال المرض والله أعلم (فرع) فاذا قلنا بتقديم الزكاة ففي كتاب ابن المواز زكاة المال والحب والماشية سواء يحاص بينهما عند ضيق الثلث ويبدأ ذلك على زكاة الفطر لانها سنة وقال أشهب تبدأ زكاة المال ثم زكاة الفطر وقد تقدم من قول ابن الماجشون أن زكاة المال وزكاة الفطر سواء وجه قولنا بتقديم زكاة المال انها واجبة بنص القرآن فكانت أقوى مما ثبت باخبار الآحاد ووجه القول الثاني انهما زكاتان واجبتان فلم تقدم احداهما على الأخرى كزكاة العين وزكاة الماشية (مسئلة) فاذا قلنا بتقديم الزكاة بعد المدبر على مذهب ابن القاسم فقد قال في كتاب ابن المواز ثم بعدها عتق الظهار وعتق القتل على وجه الخطأ وجه تقديم الزكاة عليها ما قدمنا من وجوبها بالشرع وأيضا فان لهذا العتق بدلا يجزئ عنه عند عدمه ولا بدل للزكاة فكانت آكد وهذا في قتل الخطأ وأما قتل العمد فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ان كفارة الظهار مقدمة إذ ليست بواجبة في العمد وسيرد بيان نفي وجوبها في الجنايات ان شاء الله تعالى (فرع) اذا ثبت ذلك وضاق الثلث عن العتق لهما فان كان فيه ما يعتق عن كفارة القتل ويطعم عن كفارة الظهار نفذ ذلك إذ لا اطعام في القتل ولو لم يكن في الثلث غير رقبة واحدة أخرجها ورثته عن أيهما شاؤا وقال أصبغ أحب الى أن يخرج عن القتل لعله يظهر له مال فيطعم عنه فان أيس من ذلك فعن أيهما شاؤا وهذا قول آخر في المساواة بينهما بغير رواية القرعة وغير رواية المحاصة وهي رواية تخيير المنفذ للوصية في أن يخرج الرقبة عن أيهما شاؤا وأما قوله يطعم عن كفارة الظهار فقد قال ابن

القاسم فى المجموعة انها رواية مبنية على تقديم عتق القتل فان بقى بعد ذلك للظهار مايطعم عنه أطعم
* قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى ذلك عندى أن ينتقل الفرض اليه لتعذر الصيام
والعتق وقد قال ابن كنانة من أوصى بعتق عن ظهار فلم يبلغ ثمنه أطعم عنه وفى كتاب ابن المواز ثم
الكفارات يبدأ منها ما فيه عتق على الطعام ثم اطعام الظهار فأشار الى أنها اذا انتقلت الى الطعام
لنقص حصتها من الثلث عن العتق نقصت رتبتها عن رتبة ما لا ينتقل عن العتق فى الوصية (فرع)
قال ابن القاسم فى المجموعة فان لم يبلغ اطعام الستين أطعم ما بلغ وان زاد على الستين أعين به فى رقبة
ومعنى ذلك أنه لما لم يطعم فى كفارة أكثر من ستين وقد صار له من الثلث أكثر من الستين كان
استيعاب ذلك أولى ولا يمكن ذلك الا بالعون فى رقبة وانما قال ذلك لان حكم الوصية أن لا تبطل
بالتبعيض وقيل لابن القاسم ان لم يوص الا بكفارة قتل فضاق الثلث عنها أيرجع الى الورثة قال لا
قيل يعان بها فى رقبة قال عيسى قال أصبغ يعان بها

(فصل) وليس شئ مما ذكرناه على رواية المحاصة بينهما وقد ذهب بعض القرويين الى أن معنى
التحاصص بينهما ان ما وقع للظهار أطعم به وما وقع للقتل أعين به فى رقبة وهذا أشبه بالمحاصة وعندى
انه يقسم ما أصاب الرقبتين بينهما نصفين والله أعلم وقد اختلف قول ابن الماجشون فى ذلك فقد
ابتدأ بالقتل وقال يحاص بينهما وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم يقرع بينهما وبه قال أبو العباس
الابيانى (مسئلة) قال فى كتاب ابن المواز ثم اطعام الظهار ثم كفارة الأيمان وانما قدمت عليهما
كفارة القتل والظهار لان العتق فيها أثبت لا ينتقل عنه الا مع عدم القدرة عليه وكفارة الأيمان على
التخيير وللعتق تأثير فى التقديم فما كان حكم العتق فيه أثبت كان أولى بالتقديم (فرع) وقد
روى عن مالك انه انما يبدأ بكفارة الأيمان ان كانت عليه فيما علم فأما ان أوصى بها تنحيا أو تحرجا
فلا تبدأ هذه وهى كالوصايا بالصدقة (مسئلة) ثم كفارة الفطر فى رمضان وانما قدمت عليها
كفارة الأيمان لان كفارة اليمين ثابتة بنص القرآن وكفارة الفطر فى رمضان ثابتة بخبر آحاد
(مسئلة) ثم كفارة التفريط فى قضاء رمضان وانما قدمت عليها كفارة الفطر لانها ثابتة بالنص
وكفارة التفريط ثابتة بالاجتهاد على أن قولنا ان أخبار الآحاد مقدمة على القياس وأما على قول
القاضى أبى بكر انهما يتساويان فيجب أن يتحاصا وقد رأيت أبا محمد عبد الحق ذكر تأثير كفارة الفطر
والنذر ولم يذكر كفارة تفريط القضاء ولعله ذهب الى أن حكمها حكم كفارة الفطر والله أعلم وأحكم
واختلف قوله فيها فقال يتحاصان وقال يبدأ بكفارة القتل إذ الكفارة للظهار بدل وقال ابن
الماجشون فى الواضحة بالقولين وقال أبو محمد عبد الحق وروى عن أبى العباس انه يقرع بينهما وقد
قيل انه معنى ما فى المدونة وهذا الذى ذكره لابى العباس فى المجموعة لابن القاسم (مسئلة) قال
ابن القاسم فى الموازية بعد عتق القتل والظهار ثم العتق البتل فى المرض والتدبير فى المرض
وقال فى المجموعة ثم الكفارات ويبدأ منها بما فيه عتق ثم الاطعام ثم كفارات الأيمان وهو الأول
الذى أورده عند الاستيعاب وانما قدمنا عليه ما يقدم لانها كلها أمور لازمة لاسباب موجبة ووجدت
الوصية بها قبل العتق فى المرض والتدبير والعتق وغيره وقال ابن القاسم فى الموازية ان
المدبر فى المرض والمبتل فيه يبدأ وقاله مالك فى غير الموازية وقال مطرف المبتل فى المرض
يبدأ على المدبر فيه والمدبر فيه والموصى بعتقه يتحاصان وقاله مالك فى المدبر والموصى بعتقه وجه
التسوية بين المدبر والمبتل فى المرض انهما لا يصح الرجوع عن أحدهما وبذلك فارقا الموصى

بعتقه ووجه قول مالك ومطرف ان المدبر والموصى بعتقه لا يخرج من رأس المال بافاقة الموصى والمبتل متعلق برأس المال بافاقته قال ابن حبيب ويبدأ بتل العطية فى المرض على الموصى بعتقه بعينه ووجه ذلك ما قدمناه من أنه يتعلق برأس المال بالافاقة وفى الموازية اختلف قول مالك فى تبدئة العتق البتل والتدبير فى المرض على الموصى بعتقه فقال يبدأ البتل والمدبر على الموصى بعتقه وبه قال ابن القاسم وابن وهب وأشهب وقال أشهب يتحاصون وبلغنى أن هذا آخر قول مالك وروى ابن حبيب عن أصبغ عن أشهب انه قال الموصى بعتقه والمبتول فى المرض والمدبر يتحاصون واحتج مالك للقول الأول بما تقدم واحتج أشهب للقول الآخر انه كأنه قال أنتما حران ان مت فان عشت فأنت يا فلان لاحدهما حر فلم يفضله عليه فى موته قال ابن المواز وبالقول الأول أقول لانه قال له ان مت فأنت حر وان عشت فأنت حر فلو تعجل له العتق بتلا لكان كما قال أشهب لانه لو شاء باعه فى مرضه ويبقى قوله ان عشت فأنت حر فيلزمه ان عاش ولو كان بتل عتقه فى مرضه ثم ادان دينا ثم صح لنفذ عتقه وكان عندى لا يكون له الرجوع فى عتقه فى مرضه (فرع) ومن تصدق فى مرضه بصدقة على رجل بتلها له وأوصى بوصايا فقد روى ابن وهب عن مالك فى الموازية ان صدقة البتل مقدمة وقال ابن دينار وتقدم أيضا على الوصية بعتق معين اذ له أن يرجع عنه وقاله المغيرة فى المجموعة وعبد الملك قال سحنون كانت العطية قبل وصية العتق أو بعده وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون اذا بتل فى مرضه عطية أو صدقة أو حبسا أو ساق عمن ليس بوارث صداقا فذلك مبدأ على عتق الوصية قال الشيخ أبو محمد يريد بعينه وعلى غير ذلك من الوصايا الا عتق البتل فالعتق أولى وهما أولى من المدبر فى المرض والمدبر فيه مبدأ على الوصية بزكاة فرط فيها وروى ابن القاسم عن مالك انه توقف فى تبدئة الصدقة البتل على الوصايا وكذلك فى العتبية ويبدأ أحب الى وأما على العتق بعينه فلا ويبدأ العتق (فرع) وهذا كله اذا كان فى لفظ واحد وما حكمه حكم اللفظ الواحد فقد قال فى الموازية والمجموعة والعتبية اذا كان أمرهما فى كلام واحد فى مرضه فقال هذا مدبر وهذا حر بتلا تحاصا بعد موته قاله ابن القاسم ولو بدأ فى مرضه فدبر هذا ثم بتل هذا أو بتل هذا ثم دبر هذا بدئ بالأول لانه ثبت له من الثلث ما لا يرجع فيه وهما على كل حال مبدآن على الموصى بعتقه (فرع) قال أشهب فى المجموعة والكلام المتصل لا صمات بينه وهو معنى قولنا فى لفظ واحد وقال ابن القاسم فى الواضحة ما كان فى كلمة واحدة وفور واحد فهما معا وأما ما كان فى فور بعد فور فالأول مبدأ (مسئلة) والعتق الموصى به يتساوى فيه العبيد ان بدأ بذكر بعضهم قبل بعض وأما اذا بتل فى المرض فبدأ بواحد قبل واحد ودبر كذلك بدئ بالأول ثم الذى يليه ما لم يكن كلاما متصلا وذلك بان يقول فلان حر بتلا ثم يسكت سكوتا يعلم انه لم يرد غيره ثم يبدأ فيبتل غيره فهذان يتحاصان ولم يختلف فيه قول مالك وأصحابه (مسئلة) ولو بتل عتق عبد فى مرضه ثم بتل من آخر نصفه ففى المجموعة لعبد الملك يبدأ الذى بتل عتقه على النصف الذى لم يتمه لان ذلك انما يستتم من ثلثه بعد موته ولو صح ثم مات لم يستتم عليه والعطية البتل تقدم على استتمامه واستتمامه مقدم على الموصى بعتقه لان له الرجوع عنه وهذا شئ يلزمه (مسئلة) وأما عتق البتل وعطية البتل فى المرض فقد قال عبد الملك فى المجموعة ان العتق يقدم على العطية قال أشهب وعبد الملك ان كان عتقه وعطيته يعنى المحاباة فى البيع وقعا معا فاما أن يبدأ باحدهما فهو المبدأ (مسئلة) ثم الموصى بعتقه معينا يقدم على سائر الوصايا قاله مالك قال أشهب وانما يقدم العتق بعينه لان من أعتق شخصا من عبد استتم عليه ولا

يفعل ذلك فى صدقة ولا غيرها قال أشهب وغيره عن مالك انما يبدأ على الوصايا العتق بعينه كان فى ملك أو غير ملك ومالم يكن بعينه فلا تبدئة له قال أشهب لانها تبدئة بمال وقال ابن أبى حازم لا يبدأ الا ما كان فى ملكه وجه القول الاول أن الرقبة المسماة للشراء أو العتق قد اختص العتق بها كالتى فى ملكه ووجه القول الثانى انها رقبة لا تختص بملكه كالتى لم تعين (فرع) فاذا قلنا بتقديمها على الوصايا فان اجتمعا ففى الموازية عن مالك وأشهب وعبد الملك قدمت التى فى ملكه وقال ابن القاسم فى المجموعة عن مالك يتحاصان واحتج أشهب للقول الأول أن العلماء أجمعوا الا من شذ أن التى فى ملكه تبدأ على الوصايا وأكثرهم لا يبدؤن التى فى غير ملكه على الوصايا واحتج لذلك عبد الملك انه يبدأ التى فى ملكه فتتم حريته ولعل الآخر لا يتم شراؤه بامتناع أو غيره وجه رواية ابن القاسم انهما معينان كما لو كانتا فى ملكه (فرع) والرقبة التى فى ملكه والمسماة ان دخلهما عول عتق منهما مبلغ الثلث والذى بغير عينها ان دخلها عول اشترى ما يقع لها رقبة فان لم يبلغ أعين بها فيما يصير حرا كله قاله ابن وهب فى المجموعة (مسئلة) وان أوصى بعتق أحد عبده ناجزا و بعتق الآخر الى شهر فقد قال ابن القاسم وأشهب فى الموازية يتحاصان فيما قرب من الأجل ويقدم البتل فيما بعد منه واختلف فى تقدير القرب فقال ابن القاسم الشهر قريب وقال أشهب الشهر كثير الا أن يكون اليوم واليومان (مسئلة) وان أوصى أن يعتق أحد عبديه الى أجل وان يكاتب الآخر ففى المجموعة لابن القاسم يتحاصان وقال فى كتاب ابن المواز يتحاصان اذا كان الأجل سنة وقال عبد الملك يبدأ بالمؤجل قال فى الواضحة وان كان أجله بعيدا كالسنة والسنتين وفى المجموعة ان كان الى أجل طويل فانهما يتحاصان فيعتق من كل واحد منهما بقدر ما أوصى به وتسقط الخدمة والكتابة وهما مبدآن على رقبة غير معينة كان ذلك فى كلمة واحدة أو فور بعد فور قال عبد الملك فى المجموعة ولا يدخل المكاتب فى شئ من خدمة المؤجل قال ابن عبدوس احتج بشئ فظن ان معناه انا لو أدخلناه فيها لكان تبدئة منا للمكاتب وجه قول ابن القاسم ان كل واحد منهما انعقد فيه عقد يفضى الى العتق واقترن به أجل وللمكاتب مزية فانه قد سقطت نفقته عن السيد وامتنع انتزاع ماله فاقل ما يقتضى ذلك أن لا يقدم عليه العتق المؤجل واحتج ابن المواز للقول الآخر انه عتق بتل ولا يخاف عليه عجزه (مسئلة) ومن أوصى بعتق مكاتبه و بعتق عبده تحاصا رواه فى الموازية أشهب عن مالك ووجه ذلك ان هاتين وصيتان بعتق فى معين قال ابن القاسم عن مالك ولو أوصى بعتق مكاتبه ولمكاتبه عبد آخر لقدم عتق المكاتب (مسئلة) ومن أوصى أن يباع عبده للعتق فقد قال ابن القاسم وأشهب عن مالك انه يوضع من ثمنه ثلثه ويقدم على الوصايا (مسئلة) قال أبو محمد عبد الحق ثم النذر مثل قوله لله على أن أطعم ستين مسكينا على ما ذكر عن أبى موسى بن مناس وذهب هو و بعض شيوخ بلده الى قول أبى موسى فيمن نذر فى مرضه وقول الشيخ أبى محمد فيمن نذر فى صحته ثم قال بعد النذر الوصية بعتق عبد معين و بمال وبالحج (مسئلة) واذا أوصى بالحج و بعتق رقبة معينة ففى الموازية يبدأ بالعتق وان كان تطوعا والموصى صرورة وقاله أشهب ورواه عن مالك وقاله ابن كنانة وابن القاسم ورو ياه عن مالك وانفرد ابن وهب فقال يقدم الحج للصرورة على الرقبة المعينة (مسئلة) واذا كانت الرقبة غير معينة فقد قال ابن القاسم فى كتابه يقدم على الصرورة وان كان العتق غير معين وروى ابن المواز عن ابن القاسم كل شئ من الوصايا يبدأ على الصرورة وقال أشهب يقدم الحج الصرورة على غير المعين وقاله ابن وهب فى الواضحة وقول ابن القاسم الذى وافق فيه أصحابه أن يحاصص

يحج الصرورة أهل الوصايا والعتق الذى ليس بمعين ففى هذا ثلاثة أقوال قول ابن القاسم فى كتابه يقدم العتق وقول أشهب وابن وهب يقدم الحج ورواية ابن المواز يحاص بينهما وقاله ابن كنانة وجه القول الاول ان العتق مندوب اليه وليس فى الوصية بالحج للصرورة وغيره غير الانفاق فان الحج واقع على من يحج دون الموصى ويحتمل أن يكون قول أشهب مبنيا على ان الحج تدخله النيابة ويكون الحج للموصى ولذلك شرط الصرورة والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان الحج عن غير صرورة فعلى قولنا ان العتق يقدم على الصرورة فبان يقدم على غير صرورة أولى فان قلنا لا يقدم على الصرورة فقد قال أشهب ان لم يكن صرورة بدئ بالعتق الذى ليس بمعين والوصايا كلها على الحج وقال ابن المواز عن مالك وأصحابه يبدأ كل شئ على الحج غير الصرورة وقاله ابن القاسم وقال ابن حبيب الرقبة التى ليست بمعينة وحج غير الصرورة والوصايا فى الثلث شرعا سواء وقاله أشهب وهذا الذى ذكره من تقديم الوصايا على الحج انما مقتضاه أن مالكا كره الوصية بالحج ورأى الوصية بالصدقة أفضل منها وفى الموازية اذا أوصى بمثل صدقة وعطية ونحوهما مما بعضه أفضل من بعض فلا تبدئة فيه وانما هى فى العتق قال مالك ومن قال ثلثى فى المساكين وفى سبيل الله وفى الرقاب ولفلان مائة دينار تحاصوا سواء بدأ شيأ من ذلك فى كتابه وبلفظه حتى يقول بدؤا كذا على كذا فيبدأ ما علم انه لا تأثير للفضيلة فى التقديم وانما التأثير لكونه أوكد وألزم وقد روى فى المجموعة وغيرها ابن القاسم وأشهب عن مالك انه ليس ماذكره الموصى فى وصيته مبدأ وانما يبدأ الأوكد فالأوكد وان تأخر ذكره الا أن يقول بدؤا كذا فيبدأ فعلى هذا انما تبدأ الوصايا على الحج لكراهية الوصية لا لان سائر الوصايا أفضل منه وعلى قولنا بالمحاصة بينه وبين الوصايا فلان بعضها أفضل من بعض وليست بأوكد فلما تساوت فى التأكيد وجبت المحاصة (فرع) اذا قلنا بالمحاصة فانه يحج بما وقع للحج الصرورة من حيث بلغ قاله ابن القاسم ووجه أنه ذلك تبعض طريقه ولا تتبعض مناسكه فان أمكن أن يحج بما أبرزت له المحاصة ولو من مكة نفذت الوصية وان قصر عن ذلك ص

﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول فى الذى يوصى فى ثلثه فيقول لفلان كذا ولفلان كذا يسمى مالا من ماله فيقول ورثته قد زاد على ثلثه فان الورثة يخيرون بين ان يعطوا أهل الوصايا وصاياهم ويأخذوا جميع مال الميت وبين أن يقسموا لأهل الوصايا ثلث مال الميت فيسلموا اليهم ثلثه فتكون حقوقهم فيه ان أرادوا بالغا ما بلغ ﴾ ش وهذا على ما قال انه اذا كانت وصاياه كلها صدقة فان كان جميع من أوصى لهم معينين وذكر لكل واحد منهم عددا منصوصا عليه لم يزد عليه ولم ينقص منه الا أن تنقصه المحاصة لضيق الثلث وان كان فى بعض اللفظ اشكال ففى الموازية فيمن أوصى فقال لزيد عشرة ولعمرو ولخالد عشرة ان للاول سبعة ونصفا وللثالث سبعة ونصفا وللاوسط خمسة ووجه ذلك عندى انه لو قال لزيد عشرة ولعمرو لكانت العشرة بينهما لكل واحد منهما خمسة ولو قال ابتداء لعمرو ولخالد عشرة لكان بينهما فلما قال لزيد عشرة ولعمرو ولخالد عشرة قال زيد لعمرو ان كان أراد الموصى ان العشرة التى أضافها الى بينى وبينك فالخمسة لى والخمسة لك وان كان أراد ان العشرة التى أضاف الى خالد وبينك وبينه فلا شئ لك من الخمسة التى أضاف الى والعشرة كلها الى والخمسة خالصة لى على الوجهين والمنازعة بينى وبينك فى الخمسة الثانية فنصفها لك ونصفها لى مع الخمسة فيكون لزيد سبعة ونصف ولعمرو اثنان ونصف ثم يقول له خالد مثل ذلك فيصير له أيضا منها اثنان ونصف ولخالد سبعة ونصف فعلى هذا يجرى فيها القول (مسئلة) ومن أوصى فقال لفلان مائة ولم

قال وسمعت مالكا يقول فى الذى يوصى فى ثلثه فيقول لفلان كذا ولفلان كذا يسمى مالا من ماله فيقول ورثته قد زاد على ثلثه فان الورثة يخيرون بين أن يعطوا أهل الوصايا وصاياهم ويأخذوا جميع مال الميت وبين أن يقسموا لأهل الوصايا ثلث مال الميت فيسلموا اليهم ثلثه فتكون حقوقهم فيه ان أرادوا بالغا ما بلغ

يقل من أي شيء ففي العتبية من رواية يحيي بن يحيي ان مالكا رأى ان له مائة درهم وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية ان كان في بلدة الغالب عليها الدنانير فله دنانير وان غلب فيها الدراهم فله دراهم فان كان فيها الامران فله دراهم وهي الأقل حتى يوقن انه أراد الأكثر أو يستدل على مراده مثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان مائة فيكون له مائة دينار وفي الواضحة عن أصبغ لو قال اعطوه طعاما ولم يقل قمحا ولا شعيرا فليعط من القمح لانه الغالب في الناس ووجه ذلك الاعتبار بالعرف وذلك يتقرر بالشرع وعرف المخاطبة فاذا اعدم العرف فغيره من الأدلة وذلك بان يحمل السهم على أقرب مذكور ومثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان مائة والظاهر انه أراد مائة مما عطفت عليه ان كان جنسا واحدا فان كانت أجناسا فأحسن ذلك به ماهو أقرب اليه (مسئلة) ولو أوصى له بشاة من ماله فان لم تكن له غنم فله من ماله قيمة شاة من وسط الغنم وان كان له غنم فهو شريك بواحدة في عددها ضأنها ومعزها ذكورها واناثها وصغارها وكبارها قاله ابن المواز ووجه ذلك ما رواه القاضي أبو محمد ان ذلك عدل بين الورثة والموصى له وذلك ان الورثة يقولون نعطى أدونها والموصى له يطلب أرفعها فان كانت شياهه عشرة فله عشرها بالقيمة لان الواحد من العشرة عشرها وربما أصابه في القسمة أقل من شاة أو أكثر من شاة فان ماتت كلها الا شاة واحدة فهي له ان حملها الثلث وان ماتت خمسة منها وبقيت خمسة فله خمس الباقية وانما الاعتبار بما يبقى عند القسمة وما تلف قبل ذلك فكأن الميت لم يتركه قاله في الموازية (مسئلة) ومن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فقد أوصى له بجميع المال ولو كان ابنان فقد أوصى له بالنصف على هذا الحساب وقال أبو حنيفة والشافعي يجعل الموصى له كانه ابن آخر فله مع الابن الواحد النصف ومع الابنين الثلث قال القاضي أبو محمد ودليلنا على مانقوله انه اذا قال له أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني فقد أحاله على العدد الذي أوصى له به ولا خلاف ان نصيب ابنه جميع المال ونصيب أحد ابنيه النصف فيجب أن يكون له ذلك مقدما على الميراث (فرع) ومن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه ففي الواضحة من قول مالك ان كانوا ثلاثة فله الثلث وان كانوا أربعة فله الربع وان كان مع البنين ورثة غيرهم عزلت مواريثهم وقسمت مايصيب البنين عليهم ويكون له مثل نصيب أحدهم وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم عن مالك فيمن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته وهم عشرة أولاد ذكور واناث أو ذكور كلهم فله عشر ماله قال أصبغ في كتاب ابن المواز ان أوصى لهم بمثل سهم أحد ولده أو بمثل جزئه أو قال هو كبعض ولدي أو كأحدهم فهم سواء كوصيته بمثل نصيب أحدهم قال مالك اذا قال بمثل نصيب أحد ورثتي وهم رجال ونساء وزوجات وأم فانما ينظر الى عدد من يرثه فان كانوا عشرة فله العشر قال القاضي أبو محمد لا ينظر الى اختلاف فروضهم لان الانصباء اذا اختلفت مقاديرها لم يكن الأكثر أولى من الأقل فلم يبق الا الاعتبار بالعدد (فرع) وان كان ولده بنات ففي العتبية من روايه عيسى عن ابن القاسم ونحوه في الموازية يقسم ماله على الفرائض فكان له مثل سهم بنت من بناته فان كان بناته أربعا فله ربع الثلث فان كانوا ثلاثا فثلث الثلث ثم يخلط جميع مابقي فيقسم باقيه على الفرائض (مسئلة) واذا أوصى له بجزء من ماله أو نصيب أو سهم ولم يعينه ثبت له جزء من ماله مقدر خلافا للشافعي في قوله يدفع اليه الورثه ماشاؤا والدليل على مانقوله ان الجزء والنصيب والسهم عبارة عن مقدر وتقدير غير معين فكانه أوصى له بمقدار فيجب أن يطلب ماهو أولى به واذا ارد ذلك الى اختيار الورثه

أعطوه الشئ اليسير الذى لاقدر له وفى ذلك ابطال الوصية (فرع) اذا ثبت ذلك فقال أصبغ وابن المواز له سهم واحد مما انقسمت فريضته عليه من عدد السهام كثر ذلك الجزء أو قل قال القاضى أبو محمد ومن أصحابنا من قال يعطى الثمن وهذا رواه ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه قال اختلف فيه فقال له الثمن لانه أقل سهم ذكره الله فى الفرائض وقيل يعطى سهما مما تنقسم عليه الفريضة قلت السهام أو كثرت وقيل يعطى سهما من سهام الفريضة ان كانت تنقسم من ستة فاقل مالم تجاوز الثلث فيرد الى الثلث اذا لم يجز الورثة فان انقسمت من أكثر من ستة فلا ينقص من السدس لانه أصل ماتقوم منه الفرائض قال ابن المواز وأحب ذلك الى وعليه جماعة أصحاب مالك وابن عبد الحكم ان له سهما تنقسم عليه فريضته قلت السهام أو كثرت ومنهم من قال يعطى السدس وقال أبو حنيفة يدفع اليه مثل أقل سهام الورثه الا أن يزيد على السدس فيعطى السدس (فرع) فاذا قلنا يعطى مثل السهم الذى تنقسم عليه الفريضة فكان أصل الفريضة من ستة وهى تعول الى عشرة قال ابن القاسم فى العتبية له سهم من عشرة ووجه ذلك انه أقل سهام تلك الفريضة (مسئلة) ومن أوصى بوصايا وقال مع ذلك أوقدوا فى هذا المسجد مصباحه ففى المدونة يحاص المسجد بالثلث وبالوصايا بما سمى لها فما صار للمسجد وقف لمصباحه حتى يفنى قال سحنون وكذلك كل ما كان غير مؤجل مثل أن يقول اسقوا الماء واعطوا المساكين درهما كل يوم فكانه أوصى بثلثه لما لم يوقت (فرع) واذا أوصى بمجهولات ففى المجموعة لابن الماجشون انه يضرب فيها كلها بالثلث مع سائر الوصايا وكأنها صنف واحد ووجه ذلك انها وصية مجهولة فسواء كانت فى شئ واحد أو فى أشياء كثيرة كما لو قال انفقوا على المسجد ولم يعين وقيدا ولا كسوة ولا بنيانا لضرب له بالثلث وجاز صرفه فى هذه الوجوه كلها (مسئلة) واذا أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين أعطى فلان على قدر الاجتهاد قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة على قدر حاجته وحاله ولا يعطى النصف وقال أشهب فى الموازية والمجموعة فيمن قال ثلثى لفلان وبنى فلان ففلان كرجل من بنى فلان يأخذ كأحدهم وقال أبو حنيفة فى الذى أوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء والمساكين لفلان الثلث وللفقراء الثلث وللمساكين الثلث (فرع) اذا ثبت ذلك فلو مات فلان قبل القسمة فلا شئ لورثته والثلث للمساكين قاله محمد (مسئلة) وهذا اذا جعل فى وصيته معينا وغير معين وان كان كلهم غير معين فقد قال ابن القاسم فى الموازية من قال ثلثى لقرابتى وللمساكين يعطى قرابته نصفه ولا يعطى أغنياؤهم وليكن بين فقرائهم بالاجتهاد قال ابن القاسم وبلغنى عن مالك فيمن أوصى بثلثه فى السبيل والفقراء واليتامى يقسم بينهم بالاجتهاد أثلاثا قال أشهب ومن قال ثلثى بين بنى اخوتى وبين بنى أختى وبين بنى فلان فلا يكون بينهم أثلاثا ولكن على قدر الحاجة والعدد وقاله ابن القاسم وليس كالقائل ثلثى لفلان وفلان وأحدهما فقير والآخر غنى فالثلث بينهما نصفان

(فصل) وقوله فيقول ورثته قد زاد على الثلث أضاف القول اليهم لأن القول فى ذلك قولهم اذا لم يثبت له من المال الا ما أظهروه قال فخير الورثة بين ان يعطوا أهل الوصايا وصاياهم على ما ذكرت ان فسرت الوصايا أو أجملت ويكون لهم بقية التركة لقول الله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فان أبوا ذلك قسموا لأهل الوصايا ثلث مال الميت وسلموه اليهم فتتعين حقوقهم فيه سواء كان ذلك الثلث قليلا أو كثيرا وانما كان الخيار للورثة لأن الميت قد تجاوز ما جعل له من الوصية بالثلث الى الزيادة عليه فكان للورثة أن يجيزوا ذلك ويمنعوا لتعلق حقهم به لأن الموصى انما منع من الزيادة

على ذلك لحق الورثة ولذلك قال صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس والله أعلم وأحكم فلما كان لهم منعه من الزيادة على الثلث كان للموصى له أن يستوعب الثلث الذي كان للميت أن يوصي به وليس للورثة منعه منه والله أعلم

﴿ أمر الحامل والمريض والذي يحضر القتال في أموالهم ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول أحسن ما سمعت في وصية الحامل وفي قضاياها في مالها وما يجوز لها أن الحامل كالمريض فاذا كان المرض الخفيف غير المخوف على صاحبه فانه يصنع في ماله ما يشاء واذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شئ الا في ثلثه * قال وكذلك المرأة الحامل أول حملها بشر وسرور وليس بمرض ولا خوف لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فبشرناها باسحق ومن وراء اسحق يعقوب * وقال حملت حملا خفيفا فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين فالمرأة الحامل اذا أثقلت لم يجز لها قضاء الا في ثلثها فأول الاتمام ستة أشهر * قال الله تبارك وتعالى في كتابه العزيز والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين * وقال وحمله وفصاله ثلاثون شهرا فاذا مضت للحامل ستة أشهر من يوم حملت لم يجز لها قضاء في مالها الا في الثلث ﴾ ش وهذا على حسب ما قاله ان الحامل كالمريض فاذا كان المرض الخفيف غير المخوف فقد روى ابن وهب عن مالك في الموازية في الاجذم والمفلوج وأهل البلاء انهم كالصحيح الا فيما يخاف عليهم منه وقال عثمان بن عيسى بن كنانة في الامراض الطويلة كالفالج والجذام والبرص والجنون وحمى الربع وشبهه ان هذا كالصحيح في أفعاله من عتق وصدقة وبيع وطلاق ونكاح وكذلك كل ما كان خفيفا لا يضجعه حتى لا يخرج وقد شاور قاضي المدينة العلماء فيمن به ريح يدخل ويخرج وهو مضرور معتل مصفر يمشي أحيانا الاميال فأجازوا فعله في النكاح والطلاق وغيره ورأوه كالصحيح وروى ابن المواز عن مالك في الشيخ الكبير به البهر الشديد والبلغم لا يقوم الا بين اثنين وقد احتبس في المنزل فقال فعله جائز الا ان يأتي من ذلك ما يخاف عليه فيكون كالمريض والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما ان كان مما ذكرناه ما يكون بين العلة لا يخرج الاخر وجاير يده أن يغض فعله فان أفعال هذا في الثلث قاله ابن كنانة فكذلك أول حمل المرأة خفيف وألمه لطيف قال الله تعالى حملت حملا خفيفا فمرت به والغالب عليه البشارة والسرور قال الله تبارك وتعالى فبشرناها باسحق ومن وراء اسحق يعقوب فاذا مضت له ستة أشهر فهو أول الاثقال قال الله تعالى حملت حملا خفيفا فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين وذلك انه وقت يصح فيه الوضع قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا والفصال الرضاع وقال تعالى يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فبين ان الحمل يكون أمده ستة أشهر فهي ترتقب الوضع الذي يكثر فيه الخطر ويشتد فيه الألم مع ثقل الحمل وتتابع ألمه فهي بمنزلة المريض مرضا مخوفا فأفعالها في الثلث خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما ان أفعالها جائزة ما لم يضر بها الطلق والدليل على ما نقوله ان هذه حال تصح فيها ولادتها كالطلق (فرع) وبهذا تعرف انها بلغت ستة أشهر روى في العتبية عيسى عن ابن القاسم ان ذلك يعرف بقولها وهي فيه مصدقة ولا يسأل النساء عن ذلك ص ﴿ قال وسمعت مالكا يقول في الرجل يحضر القتال انه اذا زحف في الصف

قال يحيى سمعت مالكا يقول أحسن ما سمعت في وصية الحامل وفي قضاياها في مالها وما يجوز لها أن الحامل كالمريض فاذا كان المرض الخفيف غير المخوف على صاحبه فانه يصنع في ماله ما يشاء واذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شئ الا في ثلثه قال وكذلك المرأة الحامل أول حملها بشر وسرور وليس بمرض ولا خوف لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فبشرناها باسحق ومن وراء اسحق يعقوب وقال حملت حملا خفيفا فمرت به فلما اثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين فالمرأة الحامل اذا اثقلت لم يجز لها قضاء الا في ثلثها فأول الاتمام ستة أشهر قال الله تبارك وتعالى في كتابه والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين *وقال وحمله وفصاله ثلاثون شهرا فاذا مضت للحامل ستة أشهر من يوم حملت لم يجز لها قضاء في مالها الا في الثلث *قال وسمعت مالكا يقول في الرجل يحضر القتال انه اذا زحف الصف في

للقتال لم يجز له أن يقضي في ماله شيأ الا في الثلث وأنه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليه ما كان بتلك الحال ﴾ ش وأما الزاحف الى القتال في الصف فقد قال مالك انه كالمريض في أفعاله قال وكذلك من حبس للقتل قال القاضي أبو محمد في قصاص أو حد وهو خلاف لأبي حنيفة في اجازته لهم التصرف ما لم يقرب المحبوس للقتل ويتقدم الزاحف الى البراز والدليل على ما نقوله أن وجود سبب الموت من المقابلة بمنزلة وجود الموت قال الله تعالى ولقد كنتم تمنون الموت من قبل ان تلقوه فقد رأيتموه وأنتم تنظرون وانما رأوا القتال وهو الذي كانوا يتمنونه تعلق بهذا القاضي أبو محمد ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أسباب للموت مقربة منه كالمرض المخوف والبراز في القتال والتقريب للقتل (مسئلة) وأما راكب البحر اذا أدركه الهول وخاف الغرق قال مالك هو كالمريض وبه قال أشهب ورواه عبد الملك بن الحسن في العتبية عن ابن وهب وكذلك من جمحت به دابته وقال ابن القاسم هو كالصحيح قال القاضي أبو محمد والقول الاول أقيس لانه حال خوف على النفس كأثقال الحمل والزحف للقتال في الصف

(فصل) وقوله اذا زحف للقتال في الصف يقتضي انه انما يصير له هذا الحكم اذا صار في الصف يريد والله أعلم في صف المقاتلين وجانبهم وأما اذا حضر في النظارة أو كان متوجها للقتال قبل أن يصل الى الصف فليس له هذا الحكم لان بحصوله في صف المقاتلة ومباشرة القتال ومحاولته يثبت الخوف وأما من كان في صف الرد فلم أر فيه نصا لأصحابنا وعندي انه لا يثبت له هذا الحكم الا بالكون في صف المقاتلة والله أعلم وأحكم

﴿ الوصية للوارث والحيازة ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول في هذه الآية انها منسوخة قول الله تبارك وتعالى ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين نسخها ما نزل من قسمة الفرائض في كتاب الله عز وجل ﴾ ش قول مالك نسختها آية الفرائض قوله تعالى الوصية للوالدين والأقربين يريد والله أعلم انه نسخ من ذلك الوصية للوالدين وللورثة من الأقربين دون من لا يرث وذلك ان آية الفرائض قد استوعبت لكل وارث حقه من تركة الميت فليس للموصي أن ينقص أحدهم من حقه ولا أن يزيد فيه بوصية أو غيرها وقد روي في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالأقربون الأقارب روى علي بن زياد فيمن أوصى لأقاربه ان ذلك لجميع قرابته من قبل أبيه وأمه وقال أشهب في المجموعة يدخل فيه كل ذي رحم منه من قبل الرجال والنساء محرما وغير محرم فهو ذو قرابة وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه يدخل في ذلك جميع قرابته من قبل أبيه وأمه ويدخل فيه الاعمام والعمات والأخوال والخالات والاخوة والاخوات وروى عيسى في العتبية عن ابن القاسم لا يدخل فيه الخال والخالة ولا قرابته من الأم قال عنه أصبغ في الواضحة ولا بنو البنات قال عنه عيسى وأصبغ الا أن لا تكون له قرابة من قبل أبيه فيكون ذلك لجميع قرابته من قبل أمه ولولد البنات قال عنه أصبغ لانه يرى انه اياهم أراد وكذلك ان كان له من قبل أبيه قرابة قليلة كالواحد والاثنين وروى ابن القاسم عن مالك في العتبية لا يدخل فيه ولد البنات وولد الخالات وقال ابن كنانة في المجموعة يدخل في ذلك الاعمام والعمات والأخوال والخالات وبنات الاخ وبنات الاخوات وحكى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر بن

للقتال لم يجز له أن يقضي في ماله شيأ الا في الثلث وانه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليه ما كان بتلك الحال

﴿ الوصية للوارث والحيازة ﴾

* قال يحيى سمعت مالكا يقول في هذه الآية انها منسوخة قول الله تبارك وتعالى ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين نسخها ما نزل من قسمة الفرائض في كتاب الله عز وجل

البادفى الذى يوصى لقرابته ينظر الى المال فان كان قليلا كان لأهل حرمه دون غيرهم وان كثر دخل فيه الخؤلة وغيرهم وحكى القاضى أبو الحسن ان اطلاق لفظ الذرية لايتناول ولد البنات (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال أشهب لايدخل فى ذلك قرابته الوارثون استحسانا وليس بقياس وكأنه أراد غير الوارث كالموصى للفقراء بمال ولرجل فقير بمال لايدخل مع الفقراء فى أموالهم رواه ابن المواز عن مالك وماقاله أشهب انه استحسان وليس بقياس انما يريد بالاستحسان التخصيص بعرف الاستعمال والقياس عنده حمل اللفظ على عمومه وانما ذكرت ذلك ليعرف مقصده فى الاستحسان والقياس (مسئلة) ولو كان بعض أقاربه مسلمين وبعضهم نصارى فقد روى ابن المواز عن أشهب انه يسوى بينهم فى ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم ان الرجال والنساء فى ذلك سواء ووجه ذلك ان اللفظ يتناولهم تناولا واحدا لايختص به بعضهم دون بعض ولعلى هذا قول من يرى ان المؤنث يدخل فى جمع المذكر أولان ذلك عرف الاستعمال واذا أوصى لعقبه فقد قال القاضى أبو الحسن ليس ولد البنات بعقب وكذلك اذا أوصى لولده قال ومن أصحابنا القاضى أبو الحسن عمر بن أبى عمرو ممن قال يدخل البنات فى الوصية للعقب والقرابة والولد عندهم فيحمل على ذلك بعرف الاستعمال (مسئلة) اذا قال الذى رحمى ولم يقل لذى قرابتى فهو مثل أن يقول لذى قرابتى قاله أشهب فى المجموعة ومن أوصى لأهله ففى العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك ان أهله عصبته وانى لأرى لأخواله قال فى المجموعة ومواليه حقا والعصبة أبين وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون اذا أوصى لقرابته أولذى رحمه أولأهله أولأهل بيته فان قولنا وقول مالك وأصحابنا ان ذلك لجميع قرابته ورحمه وأهله من قبل أبيه وأمه من كل من يرثه ومن ليس بوارث وروى ابن المواز عن ابن القاسم ان من قال آل فلان فهو كقوله أهل فلان وهم العصبات والبنات والاخوات والعمات ولايدخل فى ذلك الخالات قال أبو زيد عن ابن القاسم وان لم يبق منه الاالخال والخالة لم يدخل فيه وهو والعصبة دونه (مسئلة) واذا أوصى لمواليه ففى الموازية عن مالك ان كان له موال من قبل أبيه ومن قبل ابنه أوقرابة له يرثونه فليبدأ بمواليه الدنية ويعطى الآخرون الاأن يكون الأباعد أحوج وهذا يقتضى ان اسم مواليه يتناول جميعهم وروى سحنون وعيسى عن ابن القاسم فى العتبية ان بين من أعتق خاصة والافكلهم مواليه وروى ابن المواز عن ابن القاسم ان قول مالك اختلف فيه فقال مرة يدخل فيه موالى ابنه وقال مرة القول الذى ذكرناه وقال ابن الماجشون وابن حبيب عن ابن القاسم ان كان مواليه ممن يحاط بهم فهو لمن أعتق خاصة وان كانوا كثيرا مجهولين ولم يقل عتاقة دخل فيه موالى الموالى وأبناؤهم وموالى أبيه وابنه وأخيه وروى ابن عبدوس عن على عن مالك فى الذى يوصى لمواليه يدخل موالى الموالى (مسئلة) ومن أوصى لمواليه وله انصاف موال ففى العتبية من رواية أصبغ عن ابن وهب يعطى نصف مايعطى المولى التام ورواه ابن القاسم وابن وهب عن مالك ووجه ذلك انهم انما يستحقون باسم الولاء فاختص العطاء بذلك (مسئلة) ومن أوصى لمواليه دخل فى ذلك من يعتق بعده من مدبر رواه عيسى عن ابن القاسم وقال عبد الملك ومن أوصى بعتقه بعد موته وروى ابن وهب عن مالك فى المجموعة يدخل فى ذلك أم ولده وهذا لانهم يعتقون بموته فهم حين وجوب الوصية من الموالى وقد بين ذلك عيسى فقال فى المدبر اذا خرجوا من الثلث (مسئلة) وأما المعتق الى أجل والمكاتب ففى الموازية عن ابن القاسم ان عتقا قبل القسمة دخلا فيه وان سبقهم القسم فلاشئ

لهم وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك يدخلان مع الموالى بالسواء فاصار للمكاتب والمعتق الى أجل وقف لهما فان أدى المكاتب وأعتق المؤجل أخذه والارد الى بقية الموالى وروى ابن وهب عن مالك فى المجموعة ان كان عتقهم قد حان أو عتقوا قبل ذلك دخلوا معهم فان لم يكن ذلك فلا شئ لهم لانهم حينئذ عبيد (مسئلة) ومن أوصى لمواليه ولهم موال أنعم عليهم وموال أنعموا عليه ففى المجموعة والموازية عن ابن القاسم وأشهب انه للذين أنعم هو عليهم وقال عبد الملك هو لاحقهما به وأشبههما بالعطية فان اشتبها فهى بينهما نصفان

(فصل) والذى يقتضيه الفصل على تأويل مالك أن الوصية للوارث ممنوعة لما فيها من تفضيل بعض الورثة بغير ما يحب به بالآية التى تضمنت فريضة كل وارث (مسئلة) ومن أوصى لابن وارثه أو لأحد من قرابته ممن يظن أنه يرجع الى الوارث فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ذلك نافذ وقاله مالك فى المجموعة ووجه ذلك انه وصية لغير وارث وما يظن به من صرف ذلك الى الوارث لا يمنع الوصية له لان مقتضى ملكه لما أوصى له به أن يعطيه لمن شاء فان اقتضى ذلك الموصى فهو الاثم ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعى وهذا وجه من التعلق بالذرائع (مسئلة) ولا يمين على الموصى له أن الوصية ليست على وجه التوليج قاله أصبغ ووجه ذلك انها يمين تهمة فيما لا يمكن الاحتراز منه ولا المنع (فرع) واذا صرفه الموصى له به الى الوارث جاز ذلك وكان للوارث أخذه أو تركه قاله أصبغ فى الواضحة ووجه ذلك ان صورته صورة الهبة المبتدأة فليس فيه ما يتحقق به التوليج الممنوع منه وسواء كان الموصى له به من أهل الغنى ممن يرى ان الموصى لم يقصد أن يوصى له به أو ممن تظن به الحاجة ووجه ذلك أن الوصية لا تنافى الغنى ولا تختص بالفقر والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أوصى لعبد وارثه فان كان بالشئ اليسير كالثوب ونحوه زاد ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب والدينار ونحوه فذلك جائز مما يرى انه قصد به رفقه وأما بالشئ الكثير فذلك مردود ان لم يجزه الورثة وروى ذلك كله أشهب وعلى بن زياد عن مالك ولم يجوز أبو حنيفة والشافعى قليل ذلك ولا كثيره ووجه ذلك أن الكثير يرى انه لم يقصد به العبد وانما قصد به سيده وهو وارث لان للسيد انتزاعه من العبد (فرع) وكذلك الوصية لأم ولد وارثه قاله ابن القاسم وقال أشهب وابن القاسم فى المجموعة وكذلك المكاتب الا أن يكون مليا يقدر أن يؤدى فذلك جائز له (مسئلة) ويجوز أن يوصى لعبد نفسه ولمدبره ومكاتبه ومعتقه الى أجل ومن ملك بعضه ولأم ولده بالقليل والكثير لانه ليس منهم وارث قال ابن القاسم ولا ينزعه منه الورثة لانهم اذا انتزعوه منه فكان وصيته لم تنفذ فاستحسنت أن يقر بيده حتى ينتفع به ويطول زمان ذلك فان أرادوا بيعه باعوه به وقاله مالك (مسئلة) ومن أوصى لحربى فقد ذكر القاضى أبو محمد فى اشرافه تجوز الوصية للمشركين أهل حرب كانوا أو أهل ذمة قال والدليل على ذلك قول الله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ومن جهة المعنى ان كل من جاز تمليكه لغير الوصية جاز بالوصية كالذمى والمستأمن وفى المجموعة فيمن أوصى لبعض أهل الحرب وقال فان أجيز ذلك والا فهو فى السبيل فلا يجاز هذا فى سبيل ولا غيره ويورث وهذا يقتضى ان الوصية للحربى لا تجوز وبه قال أبو حنيفة ووجه ذلك انه عون لهم على الحرب واعلاء كلمة الكفر فوجب أن يمنع من ذلك (مسئلة) ومن أوصى أن يحج عنه أو يصام عنه لرجل معين وله كذا أو أن ينفذ باقى الثلث ففى الموازية ما كان للصوم فليرد ولا يصم أحد عن أحد وينفذ ما أوصى به ليحج عنه ووجه ذلك ان الصوم من عمل الأبدان لا تدخله النيابة كالصلاة والحج له تعلق بالمال وعبادات

المال تدخلها النيابة كالزكاة والكفارة (مسئلة) اذا ثبت ان الوصية للورثة لا تلزم فانها تجوز اذا أجازها الورثة خلافا لمن يمنع ذلك لان المنع انما هو لحقوق الورثة فاذا أجازوا ذلك فقد تركوا حقوقهم كما جازتهم الزيادة على الثلث وتركهم سائر حقوقهم ص ﴿ قال وسمعت مالكا يقول السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها انه لا تجوز وصية لوارث الا أن يجيز له ذلك ورثة الميت وانه ان أجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من أجاز منهم ومن أبى أخذ حقه من ذلك ﴾ ش يحتمل أن يريد بقوله السنة الثابتة العمل المتصل من زمان الصحابة الى زمانه ولذلك قال التي لا اختلاف فيها عندنا وليس يخفى على مالك انه ليس في ذلك حديث ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال سحنون في المجموعة وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية لوارث يقول اذا لم يجز بقية الورثة ذلك فاما ان لم يكن معه وارث فلا يكون وصية بحال ويحتمل أن يكون سحنون اعتقد ان الحديث لشهرته واتفاق العلماء على العمل بمضمنه وكثرة نقلهم له انه قد بلغ عندهم حد التواتر والحديث المروى في ذلك قد أجمع على العمل به الفقهاء وهو ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث (مسئلة) وانما يراعى في ذلك أن يكون وارثا يوم الموت فلو أوصى لغير وارث ثم كان وارثا بطلت الوصية ولو أوصى لوارث ثم كان غير وارث لصحت له الوصية وقد روى سحنون ومحمد ابن خالد عن ابن القاسم في امرأة أوصت لزوجها ثم طلقها البتة ثم ماتت ان كانت علمت بطلاقه فالوصية جائزة وان لم تعلم بذلك فلا شئ له قال ابن القاسم وبلغني ذلك عن مالك لانها كانت تظن انه وارث وقال أيضا ابن القاسم له ذلك علمت أو لم تعلم وجه القول الأول ما احتج به من انها أوصت له وهي ترى انه وارث فلم ترد الوصية ووجه القول الثاني ان الوصية للوارث على الجواز حتى ترد وكذلك اذا أجازها الورثة فهي عطية من الموصي دون الورثة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى لابنه وهو عبد أو نصراني فلم يمت حتى أعتق أو أسلم بطلت الوصية وكذلك لو أوصى لامرأة ثم تزوجها في صحته ثم مات وهي زوجة بطلت الوصية ولو أوصى لها وهي زوجة ثم طلقها قبل أن يموت نفذت الوصية لها (مسئلة) ولو وهب غير وارث في صحته فحاز الهبة في صحته ثم صار وارثا فذلك له جائز من رأس المال قاله أشهب ولو وهب أخاه في مرضه هبة وقبضها المعطى وهو غير وارث ثم صار وارثا فالهبة باطل قاله أشهب ولو وهب امرأة هبة في مرضه ثم تزوجها فمات من ذلك المرض فالوصية جائزة في ثلثه لانها لا ترث ولو أقر لابنه النصراني بدين في مرضه ثم أسلم فذلك كله جائز ووجه ذلك أن الاقرار بالدين حق ثابت في ذمته فروعي ثبوته حين الاقرار به وهو لم يكن وارثا ذلك الوقت وليس كذلك الهبة في المرض فانما ينظر فيها بعد الموت فلذلك اعتبر بحاله حين الموت

(فصل) وقوله ولا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة يقتضي انها مردودة اذا منع ذلك الورثة فمن أوصى لوارث ولم يوص بغير ذلك وأراد الورثة رد الوصية فهو بمنزلة من لم يوص ويقتسم الورثة التركة على سنة الميراث وان كان أوصى لوارث وأوصى مع ذلك لأجنبي فقد قال القاضي أبو محمد ان الورثة يحاصون الأجنبي كوصية الوارث فما حصل للاجنبي وما حصل للوارث رجع ميراثا وقال الشافعي يبطل حق الورثة والدليل على ما نقوله ان الميت اشترك مع الأجنبي في الثلث فلم يكن له جميعه كما لو أشركه غير وارث وهذا الذي قاله أبو محمد يحتاج الى تفصيل وذلك انه لا يخلو أن يكون مع الوارث الموصى له وارث غيره أو لا يكون له وارث غيره فان كان له وارث سواه ففي كتاب ابن المواز عن مالك وأصحابه انه يحاصص الأجنبي في الثلث فما صار للاجنبي نفذ له وما صار للوارث رجع ميراثا

* قال وسمعت مالكا يقول السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث الا أن يجيز له ذلك ورثة الميت وانه ان أجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من أجاز منهم ومن أبى أخذ حقه من ذلك

فان لم يكن معه وارث غيره يعلم انه أراد تفضيله عليه فلا يحاص بذلك وكذلك لو أوصى لجميع ورثته
مع الأجنبي وقد استووا في الصفة وسهام الميراث الا أن يكون الورثة ذكورا واناثا وساوى بينهم في
الوصية فقد خص الاناث فيحاصصن الأجنبي وبماذا يحاصصن روى أصبغ عن ابن القاسم في
الموازية في ابن وبنت أوصى لكل واحد منهما بمائة ولأجنبي بمائة ان الابنة تحاص الأجنبي بخمسين
وهي التي زادها على موروثها لما أعطى الذكر مائة وكان يجب لها خمسون وقال غيره من أهل
العلم تحاص بثلث المائة لان موروثهما من مائتين ثلثا مائة فتحاص بالزائد وهو ثلث مائة وروى
أشهب عن مالك في العتبية فيمن أوصى بثلثه لقوم وأوصى بطعام أن يحبس لعياله كلهم يأكلونه
قال فلا شئ للموصى لهم بالثلث في الطعام ولهم ثلث ماسواه والكلام في الطعام للورثة لان بعضهم أوفر
حظا من بعض وبعضهم أكثر أكلا من بعض فان سلموا ذلك والا قسموه على مواريثهم قال الشيخ
أبو محمد انظر معنى هذا وقد تقدم عن مالك انه يحاص الورثة الأجنبي عند اختلاف انصبائهم به أراد
القليل النصيب الا ان يعني انه أوصى لعياله بقدر مواريثهم * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ووجه
ذلك عندي انه لما أوصى بالطعام لأهله فهو استثناء من ثلثه فلا حظ له فيه للاجنبي الموصى له بالثلث
سواء فاضل بين ورثته في الطعام أو ساوى وانما تكون المحاصة في غير المعين والله أعلم وأحكم
(مسئلة) ومن أوصى لوارث فانفذت وصيته ثم قام بعض الورثة فقال لم أعلم ان الوصية لاتجوز له
فقد قال مالك في الموازية يحلف انه ما علم ويكون له نصيبه منه ووجه ذلك ان هذا مما يجهله كثير من
الناس فاذا كان مثله يجهل هذا احلف على ما أنكره من ذلك وقضى له به (مسئلة) ومن أوصى
لوارث بعبد أو مال وقال ان لم يجزه ورثتي فذلك في السبيل أو هو حر ففي المجموعة عن أشهب وابن نافع
وعبد الملك ذلك باطل لانه مضار بالورثة اذ منعوه مالهم منعه وبه قال مالك وربيعة ولو قال عبدي حر
وثلث مالي في السبيل الا أن يجيز الورثة لابني فهذا يجوز على ما قال وقاله مالك وابن وهب وابن
القاسم وابن كنانة وابن نافع وهو قول المدنيين قال أصبغ وأنا أقوله استحسانا واتباعا للعلماء وأما
القياس فهو كالأول وقال أشهب لا يجوز وهو من الضرر كالاول وجه قول ابن القاسم انه اذا قال
عبدي حر الا أن يجيزه الورثة لابني فان وصيته انما باشرت الحرية وانما يكون تصييره الى الوارث من
قبل الورثة فجاز ذلك لانها ليست بوصية منه للوارث واذا قال هو لوارثي فان منع ذلك الورثة فهو حر
فانما باشرت وصيته تصييره الى الوارث فلم يجز لانها وصية محضة للوارث (مسئلة) ومن قال عبدي
لفلان وهو أكثر من الثلث فان لم يجز الورثة فهو حر فذلك جائز وهو حر قال الشيخ أبو محمد يريد
ما حمل الثلث وذلك أن ذلك المقدار يجوز انفاذه في الوجهين جميعا لكنه لما شرط ان منع الورثة
من انفاذ جميعه لفلان أن يعتق ووجد المنع منهم رد العتق على ما شرط ولما لم يجز الورثة جميعه عتق
منه مبلغ الثلث كما لو قال ابتداء أعتقوا جميع هذا العبد فلم يجز الورثة فانه يرد الى الثلث والله أعلم وأحكم
(فصل) وقوله وان أجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من أجاز منهم دون من لم يجز معناه أن يكون
للرجل ثلاثة من الولد فيوصي لأحدهم بوصية فيجيز أحد اخوته ويأبى الآخر فانه يجوز له حصة المجيز
من تلك الوصية وترد حصة الآبي ص * قال وسمعت مالكا يقول في المريض الذي يوصي فيستأذن
ورثته في وصيته وهو مريض ليس له من ماله الا ثلثه فيأذنون له أن يوصي لبعض ورثته بأكثر من ثلثه
انه ليس لهم أن يرجعوا في ذلك ولو جاز ذلك لهم صنع كل وارث ذلك فاذا هلك الموصى أخذوا ذلك
لانفسهم ومنعوه الوصية في ثلثه وما أذن له به في ماله قال فاما أن يستأذن ورثته في وصية يوصي بها

* قال وسمعت مالكا يقول في المريض الذي يوصي فيستأذن ورثته في وصيته وهو مريض ليس له من ماله الا ثلثه فيأذنون له أن يوصي لبعض ورثته بأكثر من ثلثه انه ليس لهم أن يرجعوا في ذلك ولو جاز ذلك لهم صنع كل وارث ذلك فاذا هلك الموصى أخذوا ذلك لأنفسهم ومنعوه الوصية في ثلثه وما أذن له به في ماله قال فأما أن يستأذن ورثته في وصية يوصي بها

لوارث فى صحته فيأذنون له فان ذلك لايلزمهم ولورثته أن يردوا ذلك ان شاؤا وذلك ان الرجل اذا كان صحيحا كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ماشاء ان شاء أن يخرج من جميعه خرج فيتصدق به أو يعطيه من شاء وانما يكون استئذانه ورثته جائزا على الورثة اذا أذنوا له حين يحجب عنه ماله ولا يجوز له شئ الا فى ثلثه وحين هم أحق بثلثى ماله منه فذلك حين يجوز عليهم أمرهم وما أذنوا له به فان سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضى فيه الهالك شيأ فانه رد على من وهبه الا أن يقول له الميت فلان لبعض ورثته ضعيف وقد أحببت أن تهب له ميراثك فاعطاه إياه فان ذلك جائز اذا سماه الميت له قال وان وهب له ميراثه ثم أنفق الهالك بعضه وبقى بعض فهو رد على الذى وهب يرجع اليه مابقى بعد وفاة الذى أعطيه * ش وبيان ذلك والله أعلم ان اجازة الورثة تكون فى وقتين أحدهما بعد موت الموصى وهى التى تقدم ذكرها واتفق العلماء على جوازها والوقت الآخر قبل موت الموصى وذلك فى حالتين احداهما حال الصحة والثانية حال المرض فاما حال الصحة فلا يخلو أن يكون لسبب أو لغير سبب فان كان لسبب كالغزو والسفر ففى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك فيمن أذن له ورثته عند خروجه لغزو أو سفر أن يوصى بأكثر من ثلثه ففعل ثم مات فى سفره ان ذلك يلزمهم كالمريض وقاله ابن القاسم قال أصبغ قال لى ابن وهب كنت أقول هذا ثم رجعت الى ان ذلك لا يلزمهم لانه صحيح قال أصبغ وهو الصحيح وجه القول الأول انه سبب الوصية غالبا كالمرض ووجه القول الثانى ان هذه حال صحة فلم يلزم الورثة الاجازة فيها كما لو كانت لغير سبب فاما ان كان لغير سبب وصيته فلا خلاف فى المذهب انه لا يلزم ذلك المجيز من الورثة وله الرجوع فيه لانها حال لم تتعلق فيه حقوقهم بالتركة (مسئلة) وأما الاجازة حال المرض فلا يخلو أن تتخلل بين وصيته ومرض وفاته صحة أو لا تتخللهما صحة فان تخللتهما صحة فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى الموازية الورثة يجيزون للمريض الوصية بأكثر من الثلث ثم يصح ثم يمرض فيموت أن ذلك غير لازم لهم لانه قد تخلل الاذن والوفاة حالة لا يصح فيها الاذن كما لو أذنوا فى الصحة (فرع) وهذا يلزمهم اليمين انهم ما سكتوا رضا بذلك قال ابن كنانة يلزمهم بذلك ووجهه ان صورة السكوت عن التعيين صورة استدامة الرضا فتلزمهم اليمين انهم لم يرضوا به فى المرض الثانى (مسئلة) فان لم يتخلل بين الاذن والوفاة وقت صحة لزم ذلك الورثة قال القاضى أبو محمد وذلك فى المرض المخوف وقال أبو حنيفة والشافعى لا تلزمهم الاجازة الا بعد موت الموصى وقد روى نحو ذلك فى المجموعة عن عبد الملك فى مريض باع عبدا بأقل من قيمته بأمر بين فانه لا اجازة للورثة قبل الموت إذ لا يعلم لعل غيرهم يرثه والدليل على ما نقوله ان هذه حال تعتبر فيها عطيته بالثلث فلزمت الورثة الاجازة كبعد الموت واحتج مالك لذلك بما ذكره فى الأصل انه لو لم يلزم ذلك الورثة لكان سببا لمنع الموصى من الوصية بالاجازة لوصيته للوارث فاذا مات وقد اقتصر على تلك الوصية رجعوا الى الاجازة فمنعوا بذلك الوصية التى أباحها الشرع له والاعتماد فى ذلك على اثبات انه وقت اجازة وبذلك يفارق حال المرض حالة الصحة لان حال الصحة ليس بحال اجازة لما ذكر من أنه لم يتعلق بعد حق الورثة بماله ولا حجروا عليه فى ثلثه وأما حال المريض بحال تعلق حق الورثة بماله وغروا عليه فى ثلثه وانما يكون أفعاله فى ثلثه كبعد الوفاة (فرع) وفى المجموعة لابن القاسم عن مالك انما يلزم إذن الوارث للمريض اذا كان بائنا عنه فأما بناته الأبكار وزوجاته ومن فى عياله فله الرجوع بعد موته قال ابن القاسم وليس للسفيه اذن ولا للبكر قال ابن كنانة الا المعنسة فيلزمها وأما الزوجة فقد

لوارث فى صحته فيأذنون له فان ذلك لايلزمهم ولورثته أن يردوا ذلك ان شاؤا وذلك أن الرجل اذا كان صحيحا كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ماشاء ان شاء أن يخرج من جميعه خرج فيتصدق به أو يعطيه من شاء وانما يكون استئذانه ورثته جائزا على الورثة اذا أذنوا له حين يحجب عنه ماله ولا يجوز له شئ الا فى ثلثه وحين هم أحق بثلثى ماله منه فذلك حين يجوز عليهم أمرهم وما أذنوا له به فان سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضى فيه الهالك شيأ فانه رد على من وهبه الا أن يقول له الميت فلان لبعض ورثته ضعيف وقد أحببت أن تهب له ميراثك فأعطاه اياه فان ذلك جائز اذا سماه الميت له قال وان وهب له ميراثه ثم أنفق الهالك بعضه وبقى بعض فهو رد على الذى وهب يرجع اليه مابقى بعد وفاة الذى اعطيه

قال وسمعت مالكا يقول فمين أوصى بوصية فذكر انه قد كان أعطى بعض ورثته شيأ لم يقبضه فأبى الورثة أن يجيزو ذلك فان ذلك يرجع الى الورثة ميراثا على كتاب الله لان الميت لم يرد أن يقع شئ من ذلك فى ثلثه ولا يحاص أهل الوصايا فى ثلثه بشئ من ذلك

﴿ ماجاء فى المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد ﴾

* مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن مخنثا كان عند أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم فقال لعبد الله بن أبى امية ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع ياعبد الله ان فتح الله عليكم الطائف غدا فانا أدلك على ابنة غيلان فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هؤلاء عليكم

تخاف من موجدته وليس التى يسلمها ذلك كالتى تبتدئه وقال أشهب فى الموازية ليس كل زوجة لها أن ترجع فرب زوجة لاتهابه ولا تخاف منه فهذه لا ترجع وكذلك الابن الكبير وهو فى عيال أبيه فلا رجوع له اذا كان ممن لا يخدع وقال ابن القاسم لمثل هؤلاء أن يرجعوا اذا كانوا فى عياله ووجهه أن من كان فى حضانته يخاف أن يقصيه ويقطع معروفه عنه ان لم يجزله فيفعل ذلك تقصيا لمسرته واستدامة لاصلاح حاله معه وهولا يريد الاجازة فكان له الرجوع فى ذلك والله أعلم وأحكم وقال القاضى أبو محمد لا يلزم الاذن من كان فى عياله ولا من له عليه دين يخاف أن يلزمه به أو يكون سلطانا يرهبه ونحو ذلك

(فصل) وقوله وان سأل بعض الورثة أن يهبوا له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضى فيه الهالك شيأ فانه رد على من وهبه وقد رواه عنه ابن القاسم وابن وهب فى المجموعة قال عنه ابن وهب الا أن يكون سمى له من يهبه له من ورثته فذلك له ومعنى ماذكر فى الموطأ أن يقول له ان فلانا لبعض ورثته ضعيف وأحب أن تهب له ميراثك فيفعل فان ذلك جائز ووجه ذلك أنه اذا استوجب ميراثه دون تسمية فانما يستأذنه فى أن يصرفه فى وجوه يريدها الوارث أو غيره لا ليبقى على ملكه بعد موته فان ذلك لا يصح فيه فاذا مات الميت ولم يحدث فيه حدثا فقد مات قبل أن ينفذ ما استأذن فيه فيرجع الى مستحقه الا أن يسمى له الموهوب له فقد بين الوجه الذى سأله انفاذه فيه وقد وجد الانفاذ من الوارث الواهب ولو قال أعطنيه أوصى به لفلان فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك فى الموازية اذا أذن له أن يوصى به لوارث آخر فان أنفذه مضى وان لم ينفذه فهو رد

(فصل) ولو وهب له ميراثه فأنفذ الهالك بعضه وبقى له بعض فهو رد على الواهب يريد أن يوصى ببعض ما وهبه اياه من ميراثه ويبقى بعضه لا يوصى فيه بشئ فان ما أبقاه دون وصية راجع الى الوارث الواهب على حكم الميراث الذى كان عليه ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول فمين أوصى بوصية فذكر انه قد كان أعطى بعض ورثته شيأ لم يقبضه فأبى الورثة أن يجيز واذلك فان ذلك يرجع الى الورثة ميراثا على كتاب الله تعالى لان الميت لم يرد أن يقع شئ من ذلك فى ثلثه ولا يحاص أهل الوصايا فى ثلثه بشئ من ذلك ﴾ ش وهذا على حسب ماقال ان من أوصى بوصية يريد فى مرضه فذكر فى وصيته انه قد كان أعطى بعض ورثته شيأ لم يقبضه فان ذلك ليس لمن ذكر أنه كان أعطاه اياه ولو أقر له بما قال الورثة لانها عطية ذكر أنها كانت فى الصحة فتبطل بمرض الموصى قبل القبض وانما أقر به فى حال حكم العطية فيها حكم الوصية ولا تصح الوصية لوارث فبأى الحالتين اعتبرت اقراره بطل (مسئلة) ومن أشهد فى مرضه فى جارية له انى كنت أعتقتها فى الصحة وتزوجتها وأشهدكم أنها طالق ثلاثا فلا تعتق بذلك فى ثلث ولا غيره ولا صداق لها ولا ميراث الا بأمر يثبت فى الصحة من العتق ثم النكاح الا أن يقول فى مرضه أمضوا عتقها

﴿ ماجاء فى المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن مخنثا كان عند أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم فقال لعبد الله بن أبى أمية ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع ياعبد الله ان فتح الله عليكم الطائف غدا فأنا أدلك على ابنة غيلان فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هؤلاء عليكم ﴾ ش قوله ان مخنثا كان عند أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم قال

ابن حبيب المخنث هو المؤنث من الرجال وان لم تعرف فيه الفاحشة وهو مأخوذ من تثنى الشئ وتكسره والمخنث المذكور في الحديث اسمه هيت وكان مولى لعبد الله بن أبي أمية أخي أم سلمة وكان يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ولا أرى ذلك لقول الله عز وجل ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن الى أولي الاربة من الرجال قال عكرمة هو المخنث الذى لا يقوم له يريد العنين وقيل هو الشيخ الهرم والخنثى والمعتوه والطفل والعنين قال ابن عباس هو الأحمق الذى لا حاجة له في النساء وقال مجاهد وقتادة هو الذى يتبعك ليصيب من طعامك ولا يريد النساء ولا يهمه الا بطنه فلا يخاف منه على النساء وروى عن عائشة أنها قالت كان رجل يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وكانوا يعدونه من غير أولي الاربة فدخل النبي صلى الله عليه وسلم يوما وهو عند بعض نسائه وهو ينعت امرأة فقال انها اذا أقبلت أقبلت بأربع واذا أدبرت أدبرت بثمان فقال النبي صلى الله عليه وسلم الا أرى هذا يعلم ما ههنا لا يدخلن عليكم فحجبوه وقال ابن الكلبي ان هيتا قال لعبد الله بن أبي أمية وهو عند النبي صلى الله عليه وسلم في بيت أم سلمة ان افتتحتم الطائف فعليك ببادنة بنت غيلان بن سلمة الثقفي فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان مع ثغر كالاقحوان ان قعدت ثبتت وان تكلمت تغنت بين رجليها كالاناء المكفوف ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد غلغلت النظر اليها يا عدو الله ثم أجلاه عن المدينة الى الحمى فلما فتح الطائف تزوجها عبد الرحمن بن عوف فولدت له بريهة ولما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وولى أبو بكر كلمه فيه أن يرده فأبى أن يرده فلما ولى عمر قيل انه قد ضعف وكبر واحتاج فأذن له أن يدخل كل جمعة فيسأل الناس ثم يرجع الى مكانه

(فصل) وقوله فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان روى ابن حبيب عن مالك ان معنى ذلك ان أعكانها وهي تراكيب اللحم في البطن حتى ينعطف بعضه على بعض فهي في بطنها أربع طرائق وتبلغ أطرافها الى خاصرتيها في كل جانب أربع فهي على هذا ثمان وأراد العكن واحدتها عكنة وهي مؤنثة فلذلك أتى بلفظ العدد على التأنيث

(فصل) وقوله ولا يدخلن هؤلاء عليكم معناه والله أعلم المنع من دخول من يفطن لمحاسن النساء من المخنثين ومن يحسن وصفهن ويهتبل بذلك وأن المراد بقوله تعالى غير أولي الاربة من لا يتفطن لذلك ولا يهتبل به ولا فرق عنده بين الحسناء منهن والقبيحة فهو الذى أبيح له الدخول على النساء وقال سعيد بن جبير هو الذى لا ينتشر ذكره (مسئلة) وأما أولو الاربة فعلى ضربين ذوو محارم وأجنبيون فأما ذوو المحارم فانه يجوز لهم الدخول على ذات محرمهم ويجوز لهم أن ينظروا منها الى ما جرت العادة بكشفه كالوجه والشعر والمعصمين وقد قال مالك في الموازية لا بأس أن يرى الرجل شعر امرأته وامرأة أبيه ولا بأس أن يقبل خد ابنته اذا قدم من سفره ووجه ذلك كله ما قدمناه أن هذا مما جرت العادة بانكشافه منها واما أن يراها متجردة فلا يجوز ذلك وفي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك ليستأذن الرجل على أمه وأخته ولا يجوز أن يرى أمه عريانة ووجه ذلك ان هذا مما تستره غالبا كالعورة المخففة * وقال القاضي أبو اسحاق في تفسير قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن الآية الظاهر انه يريد الوجه والكفين لان المرأة يجب عليها أن تستر منها في الصلاة كل موضع لا يجوز أن يراه القرباء وليس يجوز لها أن تظهر في الصلاة الا وجهها وكفيها وفي ذلك دليل على انه لا يجوز للقربى أن يروا منها ذلك والله أعلم بما أراد

من ذلك فاقتضى قول القاضي أبي اسحاق انه منع رؤية ذوى المحارم لشعر المرأة وأباح له رؤية الوجه والكفين (مسئلة) وأما الزوجة فيجوز مالك النظر الى شعرها ومنع من ذلك سعيد ابن جبير والدليل على ما نقوله انها محرمة على التأبيد كالأم والأخت (مسئلة) وأما من ليس بذى محرم فلا يخلو أن يكون الوطء مباحا له أو غير مباح فان كان مباحا له وهو الزوج والسيد فانه يجوز له أن ينظر الى العورة وغيرها وتنظر هي منه الى مثل ذلك وقد قال أصبغ في كتاب محمد من لا يحل لك فرجها فلا تطلع على عورتك في صحة ولا مرض وحال ضرورة ووجه ذلك انها محرمة الوطء كالأجنبية (مسئلة) ومن لا يباح له الوطء فهو على ضربين صغير وكبير فأما الصغير فيجوز نظره لها (مسئلة) وأما الكبير فعلى ضربين خصي وفحل فأما الخصي فلا يخلو أن يكون عبدا أو حرا فان كان عبدا لها ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا بأس أن يدخل على المرأة خصيها لان في نظره الى وجهها انه اجتمع فيه كونه ملكا لها وكونه خصيا لان فيه من معنى التأنيث فأما رؤية شعرها ففي كتاب ابن المواز عن مالك يرى شعر سيدته ان كان وغدا وكره ذلك لذى المنظر وقال ابن القاسم ان ما تملكه من الخصيان بخلاف من لا تملكه ولا يرى شعرها وزينتها من لا تملكه وان كان لزوجها (مسئلة) وأما الخصي العبد لزوجها ولغير زوجها ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك انه كره أن يدخل عليها اذا بلغ الحلم قال ابن القاسم لا بأس أن يرى وجهها وروى عن مالك أيضا لا بأس أن يرى شعرها ان لم يكن لها منظر (مسئلة) وأما الحر من الخصيان فكره مالك أن يدخل على النساء قال عنه ابن المواز كان وغدا أو غير وغد (مسئلة) وأما الفحل فانه على ضربين عبد وحر فأما العبد لها فلا بأس أن يدخل على سيدته ويرى شعرها ان كان لا منظر له قال ابن المواز عن مالك وكذلك مكاتبها ومنع من ذلك ابن المسيب وقال لا تغرنكم هذه الآية أو ما ملكت أيمانكم انما عنى بها الاماء ولم يعن بها العبيد وقال طاوس ومجاهد لا يرى شعرها ومعنى أو ما ملكت أيمانكم ممن لم يبلغ الحلم * وقال القاضي أبو اسحاق في حديث رواه نبهان عن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد الينا اذا كان عند مكاتب احداكن وفاء بما بقى من كتابته فاضربن دونه الحجاب قال ففي هذا الحديث بيان ان العبد يجوز أن يرى من سيدته ما يراه ذو المحارم كالأب والأخ لانه لا يحل له أن يتزوجها وليس من ذوى المحارم الذى يجوز لها أن تسافر معه لان حرمته منها لا تدوم اذ يمكن أن تعتقه في سفرها فيحل له تزويجها والحديث الذى ذكره ليس بثابت عندى غير انه يستفاد من ذلك مذهب القاضي أبي اسحاق في المسئلة واستدل على ذلك بقوله تعالى ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات فأجرى مجرى من لم يبلغ الحلم وأمروا بالاستئذان في العورات الثلاث خاصة لان الناس لا يستترون فيها كما يستترون في سائر الأوقات (مسئلة) فأما عبد غيرها فلا يدخل عليها لانه ليس بمحرم عليه نكاحها كالحر الأجنبي (مسئلة) ولا يدخل على المرأة ولا ينظر اليها لغير ضرورة أجنبي وأما الضرورة فقد روى عيسى عن ابن القاسم في المرأة الكبيرة الغريبة تلجأ الى الرجل يقوم بحوائجها ويناولها الحاجة لا بأس به وليدخل معه غيره أحب الى ووجه ذلك انها حال ضرورة كحالة الشهادة عليها (مسئلة) ولا بأس أن يدخل على المرأة يريد نكاحها ينظر اليها قبل فيغتفلها من كوة ونحوها فكره ذلك ووجه اباحة الدخول عليها والنظر اليها الضرورة ومن جهة المعنى انه يحتاج الى النظر اليها ليعلم هل توافقه صورتها ومحاسنها وانما كره اغتفالها لئلا ينظر منها الى عورة وانما أبيح له النظر الى وجهها لانه

بمجمع المحاسن والله أعلم (مسئلة) وأما الرجل يريد شراء الأمة فانه يجوز له أن ينظر الى وجهها ويديها وهل له أن ينظر الى بدنها روى عن علي انه لا بأس أن ينظر الى ساقها وعجزها وبطنها وقال لا حرمة لها وروى عن ابن عمر انه كان يضع يده بين ثديها وروى عن الشعبي ينظر الى جميعها الا الفرج وفي المدونة عن مالك ما يدل على هذا القول ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال سمعت القاسم بن محمد يقول كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الانصار فولدت له عاصم بن عمر ثم انه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته اياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر خل بينه وبينها قال فما راجعه عمر الكلام قال وسمعت مالكا يقول وهذا الامر الذي آخذ به في ذلك ﴾ ش قوله أن عمر بن الخطاب تزوج امرأة من الانصار هي جميلة بنت ثابت بن أبي الافلح أخت عاصم كان اسمها عاصية فسماها رسول الله صلى الله عليه وسلم جميلة وقد قيل انها بنت عاصم بن ثابت والاول أكثر

(فصل) وقوله فولدت له عاصما بن عمر قيل انها ولدته قبل وفاة النبي صلى الله عليه وسلم بسنتين ثم ان عمر فارقها فاقتضى ذلك أن يكون الصبي في حضانة أمه مالم تتزوج فان تزوجت فالجدة أم الام أحق بحضانته من أبيه وتزوج جميلة بعد عمر زيد بن حارثة فولدت له عبد الرحمن

(فصل) وقوله فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد يقتضي انه كان هنالك عند أمه أو جدته ولعله كان عند جدته زائرا لها أو لعل أمه كانت تزوجت فانتقلت الحضانة الى الجدة أم الام وأصل هذا ان الفقهاء متفقون على ان الام أحق بحضانة الولد من أبيه وغيره ممن له حق في الحضانة مالم تتزوج وقد روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة قالت يارسول الله انه ابني كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تنكحي ومن جهة المعنى أن الام أرفق بالابن وأحسن تناولا لغسله وتنظيفه والقيام بشأنه كله مع ملازمتها ذلك واشتغال الاب عنه في تصرفه فكان ذلك أرفق بالابن (مسئلة) وهل ذلك من حقوق الأم أو الولد فقد اختلف عن مالك في ذلك فقال الشيخ أبو القاسم هو من حقوق المرأة فان شاءت أخذته وان شاءت تركته وقال القاضي أبو محمد فاذا قلنا انه من حقوق الام فلقوله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تنكحي ومن جهة المعنى انه يلحقها الضرر بالتفرقة منها مع ماجبل عليه النساء من الاشفاق من ذلك والتوجع له قال واذا قلنا انه حق للولد فلأن الغرض حفظه ومصالحه ولذلك يؤخذ منها اذا تزوجت وان لحقها الضرر باخذه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أن فيه حقا لكل منهما والله أعلم وأحكم وقد روى ابن حبيب عن سحنون ان رضي الأب والأم والولد ان يكون الولد عند أبيه ولم تتزوج أمه فلا بأس بذلك فاعتبر رضا الأم والولد (مسئلة) ونهاية هذه الحضانة في قول مالك البلوغ في الذكور ورأيت في بعض الكتب لابن وهب عن مالك ان حدها في الذكور الاثغار وقال الشيخ أبو القاسم في تفريعه حد الحضانة الاحتلام وقيل حتى يثغر وأما في الاناث فلا نعلم انه اختلف قوله بان لها الحضانة الى أن تتزوج ويدخل بها زوجها الا أن يكون موضع أبيها أصون لها وأمنع اذا ثبت ذلك فيختار لها الموضع الأصون وقال أبو حنيفة ان كان الولد أنثى فحتى يبلغ وان كان ذكرا فحتى يستغني عمن يحضنه ويقوم بنفسه وقال الشافعي اذا بلغ الولد سبع سنين أو ثمانيا خير بين أبويه فمن اختار منهما كانت

* مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال سمعت القاسم بن محمد يقول كانت عند عمر ابن الخطاب امرأة من الانصار فولدت له عاصم ابن عمر ثم انه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته اياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر خل بينها وبينه قال فما راجعه عمر الكلام * قال وسمعت مالكا يقول وهذا الأمر الذي آخذ به في ذلك

الحضانة له وقد تعلق أصحابنا في ذلك بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أنت أحق به ما لم تنكحي وهذا الحديث ليس اسناده مما يحتج به ولا في هذا الباب شئ يعتمد عليه ووجه ذلك أن ابن سبع سنين لا يقدر على الانفراد بنفسه والام أشفق عليه وأصبر على خدمته ومراعاة حاله والاب لا يستطيع تعاهد ذلك فكانت الام أحق بذلك الى أن يبلغ وهو الحد الذي يقوى فيه ويمكنه الاستغناء عن من يخدمه (فرع) فاذا ثبت ذلك فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان الابن اذا قارب الاحتلام وأنبت واسود نباته فالاب يضمه الى نفسه وكان ابن القاسم يؤقت في ذلك الاحتلام قال الشيخ أبو اسحق حده ان يحتلم الذكر صحيح العقل والبدن وجه القول الاول ان الانبات هو الذي يظهر ويمكن ان تثبت الشهادة عليه وأما الاحتلام فلا يعلم ذلك الا بقول الصبي ويمكن أن يكتمه ويدعيه فكان الانبات أولى ووجه القول الثاني ان كل أمر روعي فيه بناء الزوج في حق الاناث فانه يراعى فيه الاحتلام في حق الذكور كوجوب الفرائض وهذا ان كانت الام مسلمة حرة فان كانت نصرانية فقد روى ابن وهب لا حق للنصرانية في الحضانة لأن المسلمة لو أثنى عليها اثناء سوء لنزع منها فهذه أولى قال ابن المواز الحضانة لها واجبة وكذلك الحرة النصرانية * قال مالك فيمن لهن الحضانة سواء كن كتابيات أو مسلمات أو مجوسيات ووجه ذلك انها أم حرة خلو من زوج للابن في حضانتها رفق فكانت لها الحضانة كالمسلمة (مسئلة) واذا لم تكن في حرز أو كانت غير مأمونة أو تضعف عنه أو سفيهة أو سقيمة أو ضعيفة أو مسنة فلا حضانة لها حرة كانت أو غيرها قاله مالك في الموازية ووجه ذلك ان الحضانة انما هي للرفق بالصغير فاذا عجزت عن القيام به عدم الرفق وكان في مقامه عندها تضييع له والله أعلم وأحكم (فرع) واذا كان الابن في حضانة أمه لم يمنع من الاختلاف الى أبيه يعلمه ويأوي الى الام رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون ووجه ذلك أن الابن محتاج الى أن يعلمه أبوه ويؤدبه ويسلمه الى من يعلمه القرآن والكتابة والصنائع والتصرف وتلك معان انما تستفاد من الاب فكان الاب أولى بالابن في الاوقات التي يحتاج فيها الى التعلم وذلك لا يمنع الحضانة لأن الحضانة تختص بالمبيت ومباشرة عمل الطعام وغسل الثياب وتهيئة المضجع والملبس والعون على ذلك كله والمطالعة لمن يباشره وتنظيف الجسم وغير ذلك من المعاني التي تختص مباشرتها بالنساء ولا يستغني الصغير عن من يتولى ذلك له فكان كل واحد من الأبوين أحق بما اليه منافع الصبي والقيام بأمره (فرع) فان شكا الأب ضياع نفقة ابنه فأراد أن يطعمه فقد كتب سحنون الى شجرة في الخالة تجب لها الحضانة فيقول الاب يكون ولدي عندي لأعلمه وأطعمه فان الخالة تأكل ما أرزقهم وهي مكلبة ان للاب أن يطعمه ويعلمه وتكون الحضانة للخالة فجعل الحضانة أن يأوي اليها وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليه من نفقته (فرع) واذا كانت الصبية عند جدتها لم يمنع رسول عمتها من زيارتها وعيادتها ولا يمنع عمتها أن تأتيها * قال مالك في العتبية ووجه ذلك ان للعمة حقا في مطالعة حالها ومعرفة مجاري أمورها وصحتها وسقمها وما تباشر من عملها للرحم التي بينهما فلها من ذلك ما لا يدخل به مضرة من كثرة ملازمتها (مسئلة) وهذا ما لم تتزوج الام قبل ذلك فان تزوجت فالحضانة لها ما لم يدخل بها زوجها فاذا دخل بها بطلت حضانتها ووجه ذلك أن الصبي يلحقه الضرر بتكره الزوج له وضجره به والام تدعوها الضرورة الى التقصير في تعاهده طلبا لمرضاة الزوج واشتغالا به وذلك كله مضر بالصبي فبطل حقها من الحضانة (مسئلة) ولو تزوجت الام فرضي الزوج أن يترك عندها الولد حولين

ثم يأخذه وأشهد بذلك فطلقت قبل ذلك فحبسته وقام الاب بالكتاب فقد قال مالك فى العتبية والموازية يبقى عندها الى أن تتزوج ثانية زاد فى العتبية ثم رجع فقال له أخذ ولده (فرع) فان طلقها الزوج أو مات عنها فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن ينتزع منها الولد أو بعد أن ينتزع منها فان كان ذلك قبل أن ينتزع منها ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم ان تزوجت الأم أو الجدة فلم يأخذ منها الولد حتى فارقها الزوج فلا ينزع منها بخلاف أن يؤخذ منها ووجه ذلك انه يحكم بانتزاعه منها حتى يزول السبب الموجب للانتزاع وعلته كالعيب يوجد بالمبيع فلا يحكم بالرد حتى يزول العيب (مسئلة) فان انتزع منها الولد قبل الفرقة بموت أو طلاق فقد قال مالك فى المدونة لا يرد اليها وهو الذى ذكره الشيخ أبو القاسم وحكى القاضى أبو محمد فى معونته لها أخذه لزوال المانع وبه قال أبو حنيفة والشافعى وجه القول الاول ان الحضانة مبنية على أن أسبابها اذا زالت زال حكمها لزوال سببها ولم يعد كما لو تركته ابتداء ثم طلبته ووجه القول الثانى أن سبب انتقال الحضانة عن الأم دخول الزوج بها وما يحذر من استضرار الولد وتبرمه به وشغل الأم عنه واذا زال الزوج فقد أمن هذا فعادت الحضانة (مسئلة) ولو كان الولد مع أبيه والأم متنحية عنه فقد قال مالك فى الموازية ليس لها أخذه ان مات الاب ووجه ذلك انه بتركها قد أسقطت حقها من الحضانة والصبى قد أنس بغيرها وتسلى عنها وصلحت حاله دونها لا سيما ما ظهر من تركها له ورضاها بأن يلى غيرها أمره وقد قال مالك اذا ردته استثقالا له ثم طلبته لم يكن ذلك لها الا أن تأتى بعذر له وجه قال أشهب مثل أن تكون مرضت أو انقطع لبنها وهذا مبنى على أن الحضانة حق للام خاصة (مسئلة) واذا كان للصبى وليان وتزوجت الأم أحدهما ففى العتبية والموازية لا ينزع منها اذا كان ذلك أرفق به قاله ابن القاسم وقال أصبغ الا أن يخاف عليه عندها جفوة أوضيعة أو تخاود ونه وتدعه فيكون الولى الآخر أحق به وقد قال مالك فى الجدة المتزوجة لا حضانة لها الا أن يكون زوجها جد الصبى قال ابن وهب لا حضانة لها وان كان زوجها جد الصبى وجه قول مالك ان الجد ولى يستحق الحضانة فلا يمنع الحضانة وجه قول ابن وهب ان الزوج على كل حال يشغل عن الصبى وهذا عندى غير مؤثر لان الأب يشغل الأم فى بعض الاحايين ولا ينقل ذلك الحضانة عنها والله أعلم وأحكم

(فصل) اذا ثبت أن حضانة الأم تبطل بدخول زوجها بها فانها تنتقل بعدها الى أقرب النساء بالصبى الأقرب فالأقرب وينتقل ذلك بتزوج الأم وعدم من هو أحق من الأب بالحضانة من النساء الى الأب ولا يخلو أن يكون الولد ذكرا أو أنثى فان كان ذكرا فانه ينتقل الى من له حق فى الحضانة من أنثى أو ذكر قال ابن المواز الوصى ومولى النعمة أحق من الام واذا تزوجت الام فالأولياء أحق بالصبيان والأولياء هم العصبة (مسئلة) فان كن اناثا فقد قال مالك فى الموازية للعم والجد أخذ الصبية اذا نكحت أمها وأما الوصى اذا كان ذا محرم فهو أحق من الجد والعم وابن العم فان لم يكن ذا محرم فقد قال مالك فى الموازية كونها مع زوج أمها أولى لانه ذو محرم وقال أصبغ فى العتبية اذا تزوجت الأم فالوصى أحق بالصبيان غلمانا كانوا أو جوارى وان حصن الأبكار وهو أحق من الأخ والعم وابن العم وان كان رضى قال مالك فى الموازية اذا تزوجت الأم فالجدة أحق بحضانة الولد ووجه ذلك أنها أقرب لانها تدلى بالأمومة (فرع) اذا ثبت أن الجدة للام أحق بالحضانة بعد الام فان كان لها منزل تنفرد به فلا خلاف فى ذلك وان كانت تسكن مع الأم المتزوجة ففى الموازية عن مالك ليس لها ذلك وقال سحنون فى كتاب ابنه للجدة أن تسكن بهم مع أمهم المتزوجة فى حجرة واحدة وان أبى ذلك

الأب وجه القول الاول ان كون الولد مع أمهم المتزوجة في مكان واحد بمنزلة كونهم في حضانتها وهو مما اعتيد من الأزواج فيه الاستثقال والتكره والتبرم وذلك مضر بالولد ووجه القول الثاني ان الحضانة مختصة بالجدة وهي المنفردة بهم في المبيت والأكل ولا يضر الولد كونهم مع أمهم في مسكن بل ربما نالهم رفقها بهم مع استغنائهم بالجدة عنها (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال في الموازية ان أم الأم كالأم (مسئلة) فان لم تكن جدة وزالت الحضانة عنها بنكاح فالظاهر من مذهب مالك انها تنتقل عنها الى الخالة قال محمد وروى عن مالك ان الأب أولى من الخالة قال أصبغ وليس هذا بشيء وهو قول مالك المعروف ان الخالة أحق وجه القول الاول ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى بالحضانة في ابنة حمزة بن عبد المطلب لخالتها وهي زوج جعفر بن أبي طالب رضي الله عنهم وقال الخالة أم ومن جهة المعنى أن الخالة مع لطف محلها وقربها من الصبي وما عهد من حنوها أقدر على مباشرة حضانته وتناول أمره من الأب لتعذر هذه المعاني على الرجال في الغالب (فرع) وخالة الام كالخالة قاله مالك في الموازية وقال في المدونة ان الخالة أحق من الجدة للاب ووجه ذلك ان جنبة الأم مغلبة في الحضانة على جنبة الأب كما غلبت الأم على الأب ومنها تستفاد الحضانة فلا تنتقل الى جنبة الأب حتى يعدم مستحقها من جهة الأم فقد قال ابن حبيب ليس لبنات الخالة من الحضانة شيء وقال أشهب في كتاب ابن سحنون وعماته أولى من بنات خالاته بالحضانة فأوهم ان لبنات الخالة حقا من الحضانة وقدم العمات عليهن فعلى هذا التأويل انما قدمت عليها العمة لكونها أقرب منها وانما تؤثر جنبة الأم مع التساوي في القعدد والأول أظهر وعليه اطرد قول ابن حبيب (فرع) والجدة للاب أحق من الأب قاله في المدونة وفيها الأب أولى بالحضانة من الأخت والعمة فقدم الأب على نساء جنبته الا الجدة خاصة (مسئلة) فاذا عدم الجدات فقد قال أصبغ والحارث تنتقل الحضانة الى الاب وفي المدونة الجدة والخالة أولى من الأب والأب أولى من الأخت والعمة وقال محمد والنساء من قرابة الاب أولى أخت الصبي ثم عمته ثم بنت الأخ قال وهذا مطروح في كتاب محمد وقال ابن حبيب الجدة للاب ثم الأخت ثم العمة ثم ابنة أخي الصبي ثم الأب وقال القاضي أبو محمد واختلف اذا انتقلت الحضانة من جهة الأم أيهما أولى الاب أو قراباته فاذا قلنا ان الأب أولى فلان به يدلون والأصل أولى واذا قلنا قراباته أولى فلانهن أرفق والأب لا يمكنه تناول ذلك بنفسه ووجه ذلك عندي ان أصل الحضانة للنساء لانهن يباشرن ذلك ولذلك قدمت الأم على الأب فلا تنتقل عنهن الا بعدم جميعهن والله أعلم وقد قال مالك في الموازية وأم أبي الأب كأم الأب وظاهر لفظ القاضي أبي محمد يقتضي ان على أحد القولين يقدم الأب على جميع النساء المدلين به والقول الآخر وهو قول ابن حبيب عن أصبغ يقدم جميعهن عليه ولم يختلف المذهب في أن العمة وبنت الأخ ومن كان مثلهما مقدم على من له حق في الحضانة غير الأب ولذلك قدمت الأم على الأب فلا ينتقل عنهن الا بعدم جميعهن (فرع) فاذا قلنا يقدم الأب عليهن فعدم الأب فالحضانة بعده للاخت ثم العمة قال ابن حبيب عن أصبغ ثم ابنة أخي الصبي وليس لبنت الخالة ولا لبنت العمة ولا لبنت الاخت من الحضانة شيء وقد تقدم قول أشهب في ذلك (مسئلة) فاذا عدم النساء والأب ففي كتاب محمد والاخ ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم قال محمد والوصي وولي النعمة أولى من الأم اذا تزوجت وقال مالك في المدونة مولى النعمة من الأولياء ومولى العتاقة وابن العم من الأولياء وكذلك العصبة وانما يستحقون ذلك الأقرب فالأقرب ووجه ذلك ان من قدمنا ذكره قرابة وتعصيب .

(فصل) وهذا اذا كانت الحاضنة مع الاب فى بلد واحد أو فيما حكمه حكم البلد الواحد وأما مع اختلاف المواضع فالأب ومن له حق من العصبة أولى بذلك وفى هذا بابان * الباب الأول فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين * والباب الثانى فى المسافة التى يحصل بها حكم التفرق

(الباب الأول فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين)

فاذا أراد الأب أن يرتحل الى بلد غير بلد سكنى الأم يريد السكنى فله أن يرتحل بولده معه تزوجت الأم أو لم تتزوج وان كان انما هو مسافر يجىء ويذهب فليس له أن يخرجهم عن الأم قاله مالك فى المدونة وقال فى الموازية ان كان الولد يرضع ذكرا كان أو أنثى وكذلك لو كان الولد كبارا ما دام يقيم قال وكذلك لو تزوج فولد له ففارق الزوجة ثم أراد أن ينتقل به الى حيث شاء مالم يكن موضعها قريبا بحيث لا ينقطع عنه خبرهم ووجه ذلك أن كونه مع أبيه أحوط له وأثبت لنسبه (مسئلة) والوصى فى ذلك بمنزلة الأب قال أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية اذا انتقل فهو أحق بالصبيان غلمانا كانوا أو جوارى وليس لاخوتهم ولا لاعمامهم وجدودهم منعه ووجه ذلك انه الناظر لهم دونهم ودون الحاضنة وما لهم عنده فكان كالأب (مسئلة) والأولياء بمنزلة الأب فى انتقالهم معه عن مكان الأم تزوجت الأم أو لم تتزوج قاله مالك ووجه ذلك أنهم عصبة كالأب (مسئلة) وان أرادت الأم الانتقال عن الموضع الذى فيه أبوهم أو أولياؤهم لم يكن لها ذلك لان مفارقة الطفل عصبته فى الدار كانتقال العصبة

(الباب الثانى فى المسافة التى يحصل بها حكم التفرق وكم قدر المسافة التى لا تأثير لها وتمييزها من المسافة المؤثرة)

* قال مالك فى المدونة ليس للام أن ترتحل بهم الا البريد ونحوه حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم وقال ابن القاسم فى كتاب محمد ليس لها أن ترحل بهم الا مثل المرحلة أو المرحلتين وقاله مالك وقال ابن القاسم فى العتبية والموازية فيمن توفى عن بنت سنها ثمان سنين وأرادت أمها أن ترتحل بها الى خؤولتها على مسيرة مرحلتين وأبى ذلك أعمامها أن ذلك لهم دونها وقال محمد أقرب ما للأب أن يرتحل فيه بالولد ستة برد ولم ير أشهب أن تنتقل به الأم الا الى ثلاثة برد وجه القول الأول ان البريد ونحوه لا يشق على الأب مطالعة ابنه فيه غالبا وما زاد على ذلك فانه يشق تكرره لمطالعته فلم يكن للام احداث هذه المضرة ووجه قول ابن المواز أن ما دون ستة برد ليس له حكم السفر وانما له حكم الحضر كالبريد (مسئلة) وهذا اذا كان الأب حرا فان كان عبدا لم يكن له أن يظعن به سواء كانت أمه حرة أو أمة قاله مالك فى المدونة وقال فى غير المدونة الا أن يكون العبد ولى فتظعن الام بهم حيث شاءت ووجه ذلك أنه لا يمكن المقام عليه والاستيطان معه وقد يخرجه سيده الى بلد بعيد ويتكرر ذلك من جهته فينفرد الولد ولا تحصل له مراعاته والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كان الاب حرا والام أمة فعتق الولد فان الحضانة للام الا أن يباع أو ينكح أو يظعن الاب قاله مالك ووجهه انه يلزم السيد اباحة مراعاة ولدها الا انه كان عبده فاذا أعتقه لم يكن له أن يسقط عن نفسه نفقته وسائر حقوقه ولا يفرق بينه وبينها لحق الرق فان كان لحق الزوجية بعد انقضاء أمد الرق فان النكاح يبطلها وكذلك اذا بيعت فانه لا يلزم المشترى أن يئويه معها والله أعلم (مسئلة) وهذا حكم النكاح فأما أم الولد الموطوءة بملك اليمين فهل لها حضانة اذا أعتقت روى ابن المواز عن ابن وهب لا حضانة لها وانما ذلك فى الحرة يطلقها الزوج وروى ابن القاسم فى العتبية عن مالك والموازية وأم الولد أحق بالحضانة

كالحرة وقول ابن وهب عندي مبني على أن الرق يمنع ولاية الحضانة ولذلك ليس للعبد حضانة ابنه في الظعن فاذا كان مع الرق يمنع ذلك فمع الظعن أولى (مسئلة) فان عتقت أم الولد على ان تركت حضانة ولدها فقد روى عيسى عن ابن القاسم انه يرد اليها بخلاف الحرة تصالح الزوج على تسليم الولد اليه لانه يلزمه وروى عنه أبو زيد ان الشرط لازم كالحرة

(فصل) وقوله فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة يحتمل أن يكون أراد حمله على وجه الزيارة وذلك لا يمنع منه لقرب الموضع على وجه المعروف ويحتمل أن يعتقد أنه ضيع تضييعا يخاف أن يضر به ويرى أن ذلك يبيح له أخذه ويجعله أحق بحضانته ويحتمل أن تكون أمه قد كانت تزوجت فصار الصبي الى جدته ولم يعلم عمر أن الجدة تبتغي حضانته أو لعله اعتقد أنه أحق بالحضانة من الجدة فأدركته جدة الغلام وهي الشموس بنت أبي عامر ونازعته اياه فقد روى سفيان عن عاصم بن عبيد الله بن عاصم عن أبيه عن جده أن جدته خاصمت فيه جده وهو ابن ثمان سنين وفي هذا نظر لانه قد تقدم أنه ولد قبل وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بسنتين فلا يتصور أن يكمل في خلافة أبي بكر ثمان سنين

(فصل) وقوله وأتيا أبا بكر يريد لانه كان الامام الذي يحكم بين الناس فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فأظهر كل واحد منهما حجته وسببه الذي يرى انه يقتضي له أخذه فقال أبو بكر الصديق خل بينها وبينه يريد أنها لما استوعبت حجتها ورأى أن المرأة أحق به قضى على عمر أن يخلي بينها وبينه وتذهب به وتأخذ بحقها من حضانته والله أعلم

(فصل) وقوله فما راجعه عمر الكلام يريد أنه سلم حكمه والتزم ما يلتزم من طاعته والرضا بما قضى به وان كان يرى هو غيره ولذلك قال مالك وهذا الأمر الذي آخذ به في ذلك يريد ما أورده من حكم أبي بكر رضي الله عنه في هذه القضية والله أعلم

﴿ العيب في السلعة وضمانها ﴾

معنى هذه الترجمة والله أعلم أن العيب يحدث بالسلعة بعد ابتياع المبتاع لها بيعا فاسدا يجب رده فان ضمان ذلك العيب وما يحدث فيها من نقص وهلاك من المشتري الذي قبضها وكذلك ما يحدث فيها من زيادة ونماء فان ذلك كله للمشتري ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول في الرجل يبتاع السلعة من الحيوان أو الثياب أو العروض فيوجد ذلك البيع غير جائز فيرد ويؤمر الذي قبض السلعة أن يرد الى صاحبه سلعته قال مالك فليس لصاحب السلعة الا قيمتها يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك اليه وذلك أنه ضمنها من يوم قبضها فما كان فيها من نقصان بعد ذلك كان عليه فبذلك كان نماؤها وزيادتها له وان الرجل يقبض السلعة في زمان هي فيه نافقة مرغوب فيها ثم يردها في زمان هي فيه ساقطة لا يريدها أحد فيقبض الرجل السلعة من الرجل فيبيعها بعشرة دنانير ويمسكها وثمنها ذلك ثم يردها وانما ثمنها دينار فليس له أن يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير ويقبضها منه الرجل فيبيعها بدينار أو يمسكها وانما ثمنها دينار ثم يردها وقيمتها يوم يردها عشرة دنانير فليس على الذي قبضها أن يغرم لصاحبها من ماله تسعة دنانير انما عليه قيمة ما قبض يوم قبضه * قال ومما يبين ذلك أن السارق اذا سرق السلعة فانما ينظر الى ثمنها يوم يسرقها فان كان يجب فيه القطع كان ذلك عليه وان استأخر قطعه اما في سجن يحبس فيه حتى ينظر في شأنه واما أن يهرب السارق ثم يؤخذ بعد ذلك فليس

﴿ العيب في السلعة وضمانها ﴾ قال يحيى سمعت مالكا يقول في الرجل يبتاع السلعة من الحيوان أو الثياب أو العروض فيوجد ذلك البيع غير جائز فيرد ويؤمر الذي قبض السلعة أن يرد الى صاحبه سلعته * قال مالك فليس لصاحب السلعة الا قيمتها يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك اليه وذلك انه ضمنها من يوم قبضها فما كان فيها من نقصان بعد ذلك كان عليه فبذلك كان نماؤها وزيادتها له وان الرجل يقبض السلعة في زمان هي فيه نافقة مرغوب فيها ثم يردها في زمان هي فيه ساقطة لا يريدها أحد فيقبض الرجل السلعة من الرجل فيبيعها بعشرة دنانير ويمسكها وثمنها ذلك ثم يردها وانما ثمنها دينار فليس له أن يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير ويقبضها منه الرجل فيبيعها بدينار أو يمسكها وانما ثمنها دينار ثم يردها وقيمتها يوم يردها عشرة دنانير فليس على الذي قبضها أن يغرم لصاحبها من ماله تسعة دنانير انما عليه قيمة ما قبض يوم قبضه * قال ومما يبين ذلك ان السارق اذا سرق السلعة فانما ينظر الى ثمنها يوم يسرقها فان كان يجب فيه القطع كان ذلك عليه وان استأخر قطعه اما في سجن يحبس فيه حتى ينظر في شأنه واما أن يهرب السارق ثم يؤخذ بعد ذلك فليس

استشخار قطعه بالذى يضع عنه حدا قد وجب عليه يوم سرق وان رخصت تلك السلعة بعد ذلك ولا بالذى يوجب عليه قطعا لم يكن وجب عليه يوم أخذها ان غلت تلك السلعة بعد ذلك ﴾ ش وهذا على ما قال ان من ابتاع شيأ من الحيوان أو العروض ابتياعا غير جائز يريد فاسدا فيرد لأجل فساده فان المبتاع يرد على البائع وهذا يقتضى رد البيع الفاسد ولا خلاف فى ذلك والأصل فيه ما روى القاسم بن محمد عن عائشة قالت قال النبى صلى الله عليه وسلم من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المبيع كله على ضربين ضرب له مثل كالمكيل والموزون والمعدود وضرب لا مثل له كالحيوان والثياب والعروض وأما ما له مثل فان هذا رده بان يرد المبتاع الى البائع ما أخذ منه ان كان باقيا فان عدمت تلك العين فمثلها ووجه ذلك انه لا يفوت بفوات عينه لان وجود مثلها يقوم مقام وجودها ولا تفوت بتغير أسواقها لان تغير عينها لا يفيت ردها فبان لا يفيتها تغير قيمتها مع سلامة العين من ذلك أولى وأحرى (مسئلة) وأما ما لا مثل له كالحيوان والثياب وصبر الطعام والأرضين والاشجار فلا يخلو أن يكون مما ينقل ويحول كالحيوان والثياب أو مما لا ينقل ولا يحول كالدور والأشجار والأرضين فاما ما ينقل ويحول فاذا فات عند المبتاع كانت عليه قيمته يوم قبضه وفواته يكون بالزيادة فى عينه أو النقصان منها أو بتغير سوقه على وجه تصحيح البيع الفاسد وبهذا قال مالك وأصحابه وقال أبو حنيفة والشافعى يردما كانت عينه موجودة فان فاتت رد قيمتها على معنى تصحيح البيع الفاسد والدليل على ما نقوله ان هذا عقد بيع يقتضى أن لا يرجع المبتاع بما أنفق على المبيع ولا يرد الغلة فوجب أن يكون له نماؤه وعليه نقصه كالبيع الصحيح

(فصل) وقوله فليس لصاحب السلعة الا قيمة سلعته يوم قبضت منه وليس يوم رد ذلك اليه يريد انه لما قبضها على الضمان كان له نماؤها وعليه نقصها وذلك يشتمل على تغير البدن والقيمة وقال الشافعى يلزمه قيمتها يوم التلف واحتج مالك على ذلك بانه ضمنها يوم قبضها وذلك يصحح من قوله انه لا خلاف انها لو تلفت عينها لكان على المشترى ضمانها قال مالك فلذلك كان على المبتاع نماؤها وزيادتها لان من ضمن الجملة ضمن الابعاض ومن ضمن الجملة والابعاض كان له النماء بالضمان

(فصل) وقوله فقد يقبض السلعة فى زمان نفاقها وقيمتها عشرة ثم يردها فى زمان كسادها وقيمتها دينار فذهب من مال البائع تسعة دنانير أو يقبضها فى زمان الكساد وقيمتها دينار ويردها فى زمان نفاق وقيمتها عشرة فليس على المبتاع أن يذهب من مال البائع بتسعة دنانير يريد ان تغير القيمة كتغير البدن فكما ليس له أن يأخذها سليمة قيمتها عشرة ثم يردها معيبة فكذلك ليس عليه أن يأخذها ناقصة فى بدنها وقيمتها دينار ويردها بعد تمامها ونمائها وقيمتها عشرة وكذلك الزيادة والنقصان فى القيمة

(فصل) وقوله وانما عليه قيمتها ما قبض يوم قبضه يريد ان من ذلك الوقت دخلت فى ضمانه بعقد تراضيا به فله ما زاد وعليه ما نقص وأما يوم الرد فلا يعتبر بقيمته فى ضمان القيمة لانه لا تأثير لردها فى الضمان وانما يؤثر فيه القبض وهو سببه فكان الاعتبار به

(فصل) وقوله ومما يبين ذلك أن السارق يسرق السلعة فانما ينظر الى قيمتها فى وجوب القطع يوم قبضها بالسرقة دون يوم القطع يريد ان القبض بالبيع الفاسد قبض يعتبر فيه القيمة فكان الاعتبار فى ذلك بقيمته يوم القبض دون يوم الحكم كقيمة ما سرق وتأثيره فى وجوب القطع لانه لو سرق ما

استشخار قطعه بالذى يضع عنه حدا قد وجب عليه يوم سرق وان رخصت تلك السلعة بعد ذلك ولا بالذى يوجب عليه قطعا لم يكن وجب عليه يوم أخذها ان غلت تلك السلعة بعد ذلك

قيمته أقل من النصاب ثم زاد عنده على قيمة النصاب لم يجب به القطع ولو سرق ماقيمته النصاب ثم نقص عن ذلك لم يسقط عنه القطع وكذلك ان أخذ بالبيع الفاسد ماقيمته عشرة دنانير ثم نقصت قيمته عن ذلك لم يسقط عنه غرم عشرة دنانير ولو قبض ماقيمته دينار ثم بلغت قيمته عشرة دنانير لم يجب عليه غرم مازاد على الدينار لزيادة قيمة المقبوض بعد القبض (مسئلة) وهذا فيما ينقل ويحول فاما مالا ينقل ولا يحول كالدور والأرضين والأشجار فعند ابن القاسم لاتفوت بحوالة الأسواق وتغير القيمة (مسئلة) ويفوت البيع الفاسد بالبيع الصحيح فمن اشترى سلعة شراء فاسدا ثم باعها بيعا صحيحا لم يرد بيعه وصحح البيع الأول

﴿ جامع القضاء وكراهيته ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد ان أبا الدرداء كتب الى سلمان الفارسي ان هلم الى الأرض المقدسة فكتب اليه سلمان ان الأرض لاتقدس أحدا وانما يقدس الانسان عمله وقد بلغني انك جعلت طبيبا تداوي فان كنت تبرئ فنعما لك وان كنت متطببا فاحذر ان تقتل انسانا فتدخل النار فكان أبو الدرداء اذا قضى بين اثنين ثم أدبرا عنه نظر اليهما وقال ارجعا الي أعيدا علي قصتكما متطبب والله ﴾

ش قول أبي الدرداء هلم الى الأرض المقدسة يريد المطهرة والمقدس في كلام العرب المطهر وانما أراد موضعا من الشام يسمى المقدس ومن سمى مسجد ايلياء البيت المقدس يريد المطهر ومعناه انه مطهر مما كان في غيره من المواضع من الكفر وكان ذلك في وقت من الأوقات فلزمه الاسم والوصف بذلك ويحتمل أن يكون معنى تقديسها تطهيرها ان فيها يطهر من الذنوب والخطايا فيكون معنى المقدس المقدس أهلها ويدل على صحة هذا التأويل قول سلمان ان الأرض لاتقدس أحدا ولا تطهره من ذنوبه وانما يقدسه عمله فيكون على هذا التأويل انما وصف أهل بيت المقدس بذلك في وقت عملوا فيه بطاعة الله تعالى وكان كثير منهم أنبياء وسائرهم أتباعا للانبياء ولعله كان ذلك في وقت أمر وا بملازمته كما أمر المسلمون بالهجرة الى المدينة فكان سكناها في ذلك الوقت تقدس أهلها وتطهرهم من الذنوب

(فصل) وقوله وبلغني انك جعلت طبيبا يريد انه يستفتى في الدين فيفتي ويعمل بقوله كما يعمل بقول الطبيب في أمر الأدواء فان كنت تبرئ فنعما لك يريد بالابراء ههنا اصابة الحق ودفع الباطل لان الباطل ومايضاد به الشرع هو الداء الذي يسأل عنه المستفتي لازالته والابراء منه بالحق الذي أمر الله به فان كان المفتي يبرئ قوله من ذلك ويزيل الباطل ويثبت الحق فنعما له أي انه نعم العمل عمله ذلك ونعم ماله فيه من الأجر الجزيل

(فصل) وقوله وان كنت متطببا يريد متخرصا فيما تفتيهم به غير عالم بوجه صوابه تخاف الخطأ ومخالفة الحق فاحذر أن تقتل انسانا فتدخل النار يريد أن يحكم بغير الحق فيزيد الباطل بك ويزيد الى حد لا يمكن استرجاعه فيكون ذلك بمنزلة قتل الطبيب لمن رام برأه فعاناه بمايضره حتى قتله وفات تلافي أمره ويحتمل أن يريد به حقيقة بأن يفتي على انسان بقتل وهو لايجب عليه فيدخل النار بذلك وهذا فيمن يتسور في الفتوى بغير علم فيخطئ فيما يفتي به وأما من كان من أهل العلم فاخطأ فأرجو أن لا يأثم بذلك وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا اجتهد الحاكم فاخطأ فله أجر وان أصاب فله أجران وروي عنه انه قال سبعة يظلهم الله في ظله يوم لاظل الا ظله امام عادل الحديث

الا أن العالم قد يأثم فى الخطأ اذا لم يجتهد و يحذر مواقعة النار باغفال الاجتهاد والتقصير فيه لكن ظاهر الحديث انما يقتضى الاخبار عن فتوى الجاهل ولذلك أخبر بهذا عن المتطبب وهو المتسور المتعرض ولذلك كان أبو الدرداء اذا قضى بين اثنين استرجعهما وأعاد النظر فى أمرهما مبالغة فى الاجتهاد ثم يقول متطبب والله يصف نفسه بذلك على معنى الاشفاق والخوف ممن لم يبلغ درجة الاجتهاد ما يرضيه والله أعلم وأحكم ص ﴿قال سمعت مالكا يقول من استعان عبدا بغير اذن سيده فى شئ له بال ولمثله اجارة فهو ضامن لما أصاب العبد ان أصيب العبد بشئ وان سلم العبد فطلب سيده اجارته لما عمل فذلك لسيده وهو الأمر عندنا﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من استعان عبدا بغير اذن سيده فيما لمثله اجارة فى المعتاد والأغلب من أحوال الناس فهو ضامن لما أصاب العبد من هلاك أو نقص فى بدن وهذا المشهور من مذهب مالك وقد روى ابن وهب ليس فى العبيد يستأجرون ضمان ما أصابهم وان قال ساداتهم لم نأمرهم بالاجارة الا أن يستعملوا فى أمر مخوف كالبئر الجئة والهدم تحت جدار فيضمن ان لم يكن باذن السيد وجه قول ابن القاسم ان المستأجر له متعد أو فى حكم المتعدى ان لم يثبت اذن السيد فوجب أن يكون ضامنا كما لو تعدى على دابته فركبها بغير اذنه ووجه قول مالك ان العبد يتصرف و يعقد ولا يعرف حجر سيده عليه وهل هو مملوك فلا يضمن باستعماله فى الأمور المعتادة وانما يضمن فى الأمور الخطرة التى فيها الهلاك غالبا قال سحنون فى كتاب ابن عبدوس الا أن يكون السيد قد حجر عليه أن يؤاجر نفسه وأبان ذلك بالاشهاد فظاهر قول أصحابنا المخالف لرواية ابن وهب يقتضى تضمين المستعمل لعدم الاذن و يحتمل أن تكون رواية ابن وهب مبنية على ما قدمناه من ان الأصل جواز تصرفه حتى يعلم الحجر عليه و يحتمل أن يكون سقط الضمان فى رواية ابن وهب لانه استأجره ولم يستعنه بغير أجرة لان الذى يقتضى حمله على الاذن من سيده فى العمل انما هو فى عمل بعوض وأما العمل بغير عوض فلا يحمل عليه الا ببينة فمن استعمله بعوض لم يوجد منه تعد يضمن به وانما يكون التعدى ممن استعمله بغير أجر والله أعلم (مسئلة) وان أذن له السيد فى عمل معين فاستؤجر فى غيره فقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى العبد الخياط والنجار يستأجره رجل فى غير عمله يحمل له شيأ أو ينقل له لبنا أو غير ذلك فهلك العبد فلا ضمان عليه وقد يرسل اليه سيده ليبنى فيتعذر عليه البناء فيؤاجر نفسه فى غير ذلك فلا ضمان عليه الا أن يدخله فى عمل له خطر قال ابن القاسم أو يرسله فى سفر (مسئلة) ولو استعمله بغير أجر فيما أذن له فيه من البناء والأسفار فقد قال محمد يضمن ان هلك ولو استأجره لم يضمن ووجه ذلك انه استعمله على وجه التعدى لانه انما أذن له فى العمل باجر فمن استعمله بغير أجر فقد تعدى عليه كالغاصب (مسئلة) فان أذن له السيد فى العمل على الاطلاق فاستعمله المستأجر فان الاعمال على ثلاثة اضرب أحدها أن يستعمله فى مخوف أو سفر فانه يضمن ما أصابه قال مالك فى المدونة قال لانه لم يؤذن له فى الغرر وانما أذن له فى العمل المأمون يريد المعتاد ولو أذن له فيه بعينه لم يضمن والضرب الثانى أن يستعمله فى عمل معتاد له اجارة فهذا فى ضمان العبد فيه الخلاف المتقدم مع عدم الاذن والضرب الثالث أن يستعمله فى عمل معتاد لا أجر له كمناولته القدح والنعل فلا ضمان فيه قاله ربيعة وحكى القاضى أبو محمد عن المذهب ولا أجرة فيه مع السلامة ولا ضمان فيه مع التلف (فرع) وما وجب فيه الضمان فان السيد مخير بين أن يضمنه قيمة العبد أو قيمة عمله قاله ابن القاسم ووجهه انه قد تعدى على الرقبة واستوفى العمل وضمانهما متناف فكان له أن يطلب أيهما شاء (مسئلة) وأما

* قال قال وسمعت مالكا يقول من استعان عبدا بغير اذن سيده فى شئ له بال ولمثله اجارة فهو ضامن لما أصاب العبد ان أصيب العبد بشئ وان سلم العبد فطلب سيده اجارته لما عمل فذلك لسيده وهو الأمر عندنا

الصبي الصغير فقد قال ابن القاسم لا يجوز استئجاره وقال مطرف وابن الماجشون لا بأس أن يستأجر الغلام لم يبلغ والجارية لم تحض أنفسهما اذا عقلا ومعنى قول ابن القاسم عندى اذا لم يكونا معرضين لذلك وأما اذا كانا معرضين لذلك ومأمورين به فقول مطرف وابن الماجشون حسن لأن الاكثر من الايتام كان يمنع من لا ولى له أو له ولى ويتصرف تصرفا لا يمكن وليه أن يباشر استئجاره فيه لتكرره (فرع) فان كان الوجه الذى يجوز فقد قال مطرف وابن الماجشون يدفع اجارتهما اليهما ويبرأ بذلك الدافع ما لم يكن شئ له بال وكذلك لو عقد ذلك عليهما أخ أو عم فهو بمنزلة عقدهما ويبرئه الدفع اليهما وله المسمى الا أن تكون فيه محاباة فيتم اجارته واذا كان على الوجه الذى لا يجوز فعمل فله الأكثر من المسمى واجارة مثله فان هلك قال ابن القاسم عليه الأكثر مما سمى أو قيمة عمله وعلى عاقلته ديته ولذلك لم يكن فيه تخيير لأن الدية على غير المستأجر ص ﴿ قال وسمعت مالكا يقول فى العبد يكون بعضه حرا وبعضه مسترقا انه يوقف ماله بيده وليس له أن يحدث فيه شيأ ولكنه يأكل فيه ويكتسى بالمعروف فاذا هلك فماله للذى بقى له فيه الرق ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان العبد قد يكون بعضه حرا وذلك يكون على وجوه منها أن يعتق المعسر حظه منه فلا يقوم عليه حظ شريكه لعسره ومنها أن يوصى بعتقه ولا يترك مالا غيره فيعتق ثلثه وغير ذلك من الوجوه فان هذا يوقف ماله بيده مما كان له قبل عتقه وما اكتسبه بعده ولا له أن يفوت شيأ منه بغير عوض الا برضا السيد الا فى كسوته ونفقته من كتاب ابن المواز وابن سحنون عن أبيه

(فصل) وقوله ليس له أن يحدث فيه شيأ يريد ليس لمن له بعضه أن يزيله من يده ولا للعبد أن يفوته وله أن يتجر فيه وينميه فى التجارة المأمونة فى أيامه التى له رواه ابن نافع عن مالك فى العتبية ووجه ذلك أن صرفه فى تلك الايام له وله ان ينمى ماله لحقه فيه وليس للسيد ازالته من يده ويعمل فى يومه ما شاء يطحن ويحمل قاله مالك (مسئلة) وليس للسيد أن يأخذ من ماله شيأ وان احتاج اليه رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية ووجه ذلك أنه مال للجزء الحر الذى فيه حق فليس لأحد أن يفوته عليه ولأنه لما لزمته نفقته من أجل الحرية أثرت فى المال والمنع منه بمنزلة مال المكاتب وبمنزلة المال المشترك

(فصل) وقوله ولكنه يأكل منه ويكتسى بالمعروف ظاهر اللفظ يقتضى انه ينفق منه على جملته دون حصة الحرية وذلك ان المال مشترك ولذلك منع منه لحق سيده فلم يكن له أن ينفق منه دون سيده وقد روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية ليس للسيد أن يأخذ من ماله شيأ وان احتاج اليه وان مرض العبد فعلى السيد أن ينفق عليه بقدر ماله فيه فظاهر هذا انه ينفق على نفسه فى سائر الأيام مما يكتسب فان احتاج الى أن ينفق منه لمرض فعلى السيد أن ينفق على حصته وينفق العبد من ماله على حصته الحرة لأن المال انما يكتسبه وينميه فى زمن يعمل فيه بجزء الحرية والله أعلم ولعله أراد أن العبد المريض الذى ينفق السيد على حصته منه لم يكن له مال فلذلك لزم السيد أن ينفق على حصته منه (مسئلة) وهذا اذا كان مقيما معه فأما ان أراد السفر به الى حاجته فأجبر العبد على الخروج معه فقد قال ابن حبيب وابن المواز عن مالك على السيد كراؤه ونفقته زاد ابن حبيب واجارته فى أيامه حتى يبلغ أو يستقر قراره ويمكنه العمل والكسب والا فالنفقة على السيد حتى يقدم به ووجه ذلك ان سفر السيد أبطل عليه عمله فى أيامه فكان عليه جبر ما أتلفه عليه بسفره وكانت تلك الايام كلها فى خدمة السيد فكان عليه حق ما للعبد منها (مسئلة) وليس للعبد أن يسافر

قال وسمعت مالكا يقول فى العبد يكون بعضه حرا وبعضه مسترقا انه يوقف ماله بيده وليس له أن يحدث فيه شيأ ولكنه يأكل فيه ويكتسى بالمعروف فاذا هلك فماله للذى بقى له فيه الرق

الا باذن السيد قاله ابن المواز وابن سحنون عن أبيه ووجه ذلك انه ليس له الذهاب لحق السيد فيه وحكم الرق أغلب (مسئلة) ولو أراد السيد أن يسافر به ففي الموازية له ذلك في الأمر القريب وأما ما بعد فقال مالك فيها وفي العتبية من سماع ابن القاسم عنه يكتب له القاضي كتابا ان خاف أن يباع أو يظلم وقال في كتاب ابن المواز وهذا اذا كان السيد مأمونا قال عنه أشهب وكان العبد غير مستعرب وروى ابن كنانة عن مالك في الواضحة لا يكون له ذلك حتى يكون السيد مأمونا والعبد مستعربا وروى عنه ابن القاسم اذا كان العبد مستعربا فذلك له وان كان السيد غير مأمون كتب له القاضي كتابا فيما بعد وبه أخذ ابن القاسم قال أشهب قد ينبغي انه ليس ذلك للمأمون ولا لغيره قال عنه ابن حبيب وان كان العبد مستعربا وقال عنه ابن المواز وابن حبيب لأنه ملك من نفسه ما يملك الشريك فلا يسافر به الا برضاه وجه قول مالك ما قاله في العتبية سحنون عن ابن القاسم ان الحرية تبع للرق في هذا كما تبعه في الحدود والشهادة وغيرهما ووجه مراعاة أمان السيد انه المالك له والذي يخاف من جهته ووجه مراعاة استعراب العبد انه اذا كان مستعربا لم يتم عليه ذلك الا بما يتم على سائر الاحرار لأنه يبين عن نفسه ويقوم بحجته فاذا كان أعجميا وغدا جرى من ذلك عليه ما لا يعرفه ولا يفهمه حتى يقع فيه ثم لا يمكنه أن يعرب عن نفسه (مسئلة) وهذا في سفر التجول فأما سفر التنقل من بلد الى بلد فان كان ينتقل الى حاضرة قضي على العبد بذلك وان كره وان أراد الانتقال الى قرية ليس للعبد فيها عمل ولا مكسب فهو مثل السفر ولها عندي وجه على قول من لا يغلب الرق على الحرية وذلك أن السيد له غاية يرجع منها ويعتد مدة للسفر على السيد وأما الانتقال فان كان بموضع له فيه مكسب وتصرف فلا مضرة عليه في ذلك وان كان بموضع لا مكسب للعبد فيه فذلك مبطل لحظ الحرية وأما على قول من يغلب الرق فلا يراعى ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان للسيد من خدمة العبد بقدر ماله فيه وللعبد بقدر ما فيه من الحرية واقتسام ذلك بينهما على حسب ما يراه الناظر من الرفق وازالة الضرر يوما بيوم أو جمعة بجمعة أو شهرا بشهر جائز رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون والشهران كثير قال مالك في العتبية والموازية وقد قيل له للمعتق ثلثه حظ في كل يوم أو جمعة فقال لا ولكن من كل شهر ثلثه أو كل ثلاثة أشهر شهر قال مطرف وابن الماجشون في اقتسام العبد الدنيء أو الأمة للخدمة أو الغزل يكون يوما بيوم وأما العبد النبيل التاجر أو ذو الصنعة أو الأمة شأنها الرقم وشبهه من العمل المرتفع فلا تقسم الخدمة فيهما يوما بيوم لما فيه من الضرر ولكن شهرا بشهر وجمعة بجمعة وأما عبد الخراج فلا خير في قسمة خراجه مشاهرة ولا بأس أن يقتسماه يوما بيوم اذ لا خطر له وقاله مالك وقال ابن المواز لا يجوز في يوم بيوم ولا غيره وجه القول الأول أن المقصود من عبد الخراج مبلغ الخراج وذلك يختلف بطول المدة ويقرب في قصيرها ووجه المنع من ذلك انه يؤدي الى التفاضل في العين وسواء ما يؤدي من الخراج مع ما يعلم من اختلاف قيمة كرائه في الأيام لنشاط وكسل وضعف وقوة ومرض وصحة ونفاق وكساد والله أعلم (مسئلة) وان اختلفا فيمن يبدأ بالخدمة قال ابن المواز يستهمان ووجه ذلك ان لكل واحد منهما حقا فان اتفقا على أمر يتراضيان به والا استهما لان الاستهام طريق الى تعيين حق أحد الشريكين عند تعذر ذلك كالقسمة (مسئلة) فان شغل العبد في خصومة أو مرض أو أبق لم يحتسب بذلك عليه وليأتنفا القسمة قاله أشهب عن مالك في العتبية (مسئلة) ومن بدأ منهما ثم مرض في أيام الآخر ففي العتبية والواضحة عن مالك وأصحابه لا يرجع أحدهما على الآخر قال أشهب

كما لو استهما قال والاباق كالمرض فى ذلك

(فصل) وقوله فان هلك فماله للذى فيه الرق وبه قال أبو حنيفة والزهرى وقال الشافعى فى أحد قوليه ماله بين المعتق لنصفه وبين المستمسك برقه ان لم يكن له ولد فان كان له ولد فميراثه للمتمسك بالرق ولولده وبه قال عطاء وطاوس والدليل على ما نقوله انه موروث بالرق فلم يورث بالنسب ولا بالولاء كالمسترق جميعه ص ﴿ قال وسمعت مالكا يقول الأمر عندنا أن الوالد يحاسب ولده بما أنفق عليه من يوم يكون للولد مال ناضا كان أو عرضا ان أراد الوالد ذلك ﴾ ش وهذا على ما قال ان من كان ينفق على ولده الصغير حتى صار له مال بميراث كان أو غيره أو كان يأخذ له عطاء فى كل عام ثم تمادى الأب فى الانفاق عليه فان له ذلك سواء كان مال الابن عينا أو عرضا قاله مالك هكذا على الاطلاق * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله ومعناه عندى أن يقول الأب انما أنفقت عليه من مالى لارجع عليه فله الرجوع عليه بما أنفق عليه من يوم أفاد المال دون ما أنفق عليه قبل ذلك فان فضل للاب شئ عن مال الولد لم يرجع عليه بشئ ووجه ذلك انه قد ينفق عليه من ماله الذى يتصرف بين يديه لمشقة وصوله الى مال ابنه وهو مختزن عنده فيشق عليه تناوله فى كل وقت فيرى الانفاق من ماله ليرجع به عليه العبد أيسر عليه وأرفق به (فرع) وصفة الرجوع عليه أن يرجع عليه بما أنفق عليه فى سائر السنين بقدر غلاء كل سنة ورخصها قاله فى العتبية من سماع ابن القاسم وغيره ووجه ذلك عندى أن ينفق عليه دراهم أو دنانير يشترى بها ما احتاج اليه من طعام مكيل أو موزون أو ثياب أو غير ذلك ولو كان عنده طعام فأنفق عليه منه رجع عليه بمثل كيله والله أعلم (مسئلة) فان مات الولد عن أم أو جدة فان للاب أن يرجع بما أنفق عليه فى مال الولد وان أبته الورثة معه قال مالك فى الموازية وهل عليه يمين أم لا قال مالك ان كان مقلا فلا يمين عليه وان كان غنيا فاليمين عليه انه أنفق ليرجع به وروى سحنون عن مالك انه لا يمين ثم رجع فقال يحلف ووجه نفى اليمين انها يمين تهمة وظن دون دعوى ولا تحقيق وقد اختلف قول مالك وأصحابه فيه مثل ما تقدم ذكره وبالله التوفيق وهذا اذا لم يكن الأب أشهد بذلك وأما لو أشهد به لكان له الرجوع بما أنفق على كل حال وبالله التوفيق (مسئلة) فان مات الأب فأراد الورثة أخذ النفقة من مال الابن قال مالك فى الموازية والعتبية ان كان مال الابن عينا وهو عند الأب يمكنه الانفاق منه فلم يفعل لم ترجع الورثة فيه بشئ وان كان كتبه الأب عليه الا أن يوصى بذلك لان من عادة الآباء أن يرفقوا الأبناء بالانفاق عليهم وان كان لهم مال وان كان مال الولد عرضا أو حيوانا فللورثة محاسبة الابن بذلك اذا كتبه وقال ابن القاسم فى العتبية هذا أحسن ما سمعت قال ابن المواز ووجدت لمالك يحاسبونه اذا كان المال عرضا ولم يقل كتبه أو لم يكتبه ومعنى ذلك أن يكتب ما أنفق عليه ليرجع به فهذا لم يختلف قول مالك فى انه يرجع به وأما اذا أهمل ذلك ولم يكتبه فهذا الذى اختلف فيه قول مالك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو قال الأب فى مرضه لا تحاسبوه وماله عرض فقد روى عيسى عن ابن القاسم ذلك جائز نافذ وليست بوصية لوارث لانه شئ فعله فى صحته وقال أشهب أرى أن يحاسب فى العين وان أوصى الأب أن لا يحاسب ولا يصدق فى قوله كنت أنفق عليه من مالى ومعنى ذلك انه غير معين والله أعلم ص ﴿ مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزنى أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشترى الرواحل فيغلى بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره الى عمر بن الخطاب فقال أما بعد أيها الناس فان الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ألا

* قال وسمعت مالكا يقول الأمر عندنا أن الوالد يحاسب ولده بما أنفق عليه من يوم يكون للولد مال ناضا كان أو عرضا ان أراد الوالد ذلك

* وحدثنى مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزنى أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشترى الرواحل فيغلى بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فافلس فرفع أمره الى عمر بن الخطاب فقال أما بعد أيها الناس فان الاسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ألا

وانه قد ادان معرضا فأصبح قد رين به فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم واياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب * ش قوله أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج يريد انه كان يقصد ذلك ويجهد نفسه فيه ويشترى له الرواحل السابقة فيزيد في ثمنها امالان قيمتها أعلى من قيمة غيرها أولانه كان يزيد على قيمتها لان من كانت عنده كان لا يسمح بها الا بأكثر من قيمتها لضنانته بها لاسيما ممن يشتريها بالدين ثم كان يسرع السير عليها ليسبق جميع الحاج فكان يتعبها ويجهدها حتى انه ربما أعجفها وأهلكها فتتاف بذلك ماله وقام عليه غرماؤه وضاق ماله عن أداء ما عليه من الدين وهو معنى فلسه وقد تقدم الكلام فيه والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه أيها الناس ألا وان الاسيفع اسيفع جهينة قيل ان ذلك الرجل كان اسمه الاسيفع وقال ابن مزين عن ابن وهب وابن نافع هو لقب لزمه وقال ابن مزين عن ابن وهب هو تصغير أسفع وهو الضارب الى السواد وقال انه وصفه بذلك للونه قال العتبي الأسفع الذى أصاب خده لون مخالف لسائر لونه من سواد وقوله رضي من دينه وأمانته بان يقال سبق الحاج يريد والله أعلم انه رضي بذلك عوضا مما أتلفه من دينه وأمانته باتلاف أموال الناس فيما لم تكن له ثمرة الا قول الناس انه سبق الحاج

(فصل) وقوله ادان معرضا يقال ادان الرجل فهو مدان اذا اشترى بالدين يقال تداين وادان واستدان واذا أعطى بالدين قيل أدان وأما المعرض فقال أبو زيد هو الذى يعترض الناس فيشترى ممن أمكنه سمى المعرض ههنا بمعنى المعترض يعني انه اعترض لكل من يقرضه قال ومن جعله بمعنى الممكن على مافسره أبو زيد فهو بعيد لان معرضا منصوب على الحال فاذا فسرته بمن يمكنه فالمعترض هو الذى يعرض لانه هو الممكن وقال أبو عبيد ويروى معرض بالرفع وقال ابن شميل فادان معرضا معناه يعرض اذا قيل له لا تستدن وروى أبو حاتم عن الأصمعي انه قال معناه انه أخذ الدين ولم يبال أن لا يؤديه وقال العتبي لا يجوز ادان معرضا الا أن يكون أراد استدان معرضا عن الأداء وهو قول أبي حاتم وقال ابن وهب معنى ادان معرضا أى اغترق الدين ماله فاعرض بأموال الناس مستهلكا لها متهاونا رواه ابن مزين عنه وعن ابن نافع

(فصل) وقوله فأصبح قد رين به قال أبو عبيد الهروى معناه قد أحاط الدين بماله وقال شمر رين به ورين عليه وريم عليه واحد معناه مات وقال أبو زيد يدرين بالرجل اذا أوقع في أمر لا يستطيع الخروج منه قال ابن مزين وقال ابن نافع وابن وهب قد شهر به قال يحيي وقال غيره قد أحيط به وقال في قوله تعالى بل ران على قلوبهم يقول طبع على قلوبهم وأحاط بها سوء أعمالهم وقال العتابي الاعرابي رين به انقطع به وقال السلمي رين به تحير وقال سابق البربرى

وترك الهوى للمرء فاعلم سعادة * وطاعته رين على القلب رائن

وهذه المعاني متقاربة والله أعلم

(فصل) وقوله فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم يريد انه قد ضاق ماله عن ديونه فحجر عليه عمر التصرف فيه وجمعه ليوزعه على غرمائه بقدر حصصهم مما لهم عنده والله أعلم

(فصل) وقوله واياكم والدين على معنى النهى عنه والتحذير من سوء عاقبته في الدين والدنيا وقوله فان أوله هم وآخره حرب بتحريك الراء الحرب السلب ورجل محروب بمعنى مسلوب يريد ان أول أمر من عليه الدين الهم بأدائه مع ضيق يده عنه والمخافة لسوء عاقبته وآخر أمره أن يسلب ماله ومايضن

وانه قد ادان معرضا فاصبح قد رين به فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم واياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب

به من عقار وحيوان وغير ذلك ويشفق من بعده فيباع عليه ويقضى منه غرماؤه

﴿ ماجاء فيما أفسد العبيد أو جرحوا ﴾

ص ﴿ قال يحيي سمعت مالكا يقول السنة عندنا فى جناية العبيد ان كل ما أصاب العبد من جرح جرح به انسانا أو شئ اختلسه أو حريسة احترسها أو ثمر معلق جذه أو أفسده أو سرقة سرقها لاقطع عليه فيها ان ذلك فى رقبة العبد لايعدو ذلك الرقبة قل ذلك أو كثر فان شاء سيده أن يعطى قيمة ما أخذ غلامه أو أفسد أو عقل ما جرح أعطاه وأمسك غلامه وان شاء أن يسلمه أسلمه ليس عليه شئ غير ذلك فسيده فى ذلك بالخيار ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان ما أصاب العبد على هذه الوجوه التى ذكرناها زاد ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى المجموعة أو غصب امرأة فوطئها فلزمه ما نقص فى الأمة وفى الحرة صداق مثلها فان ذلك كله فى رقبته لايعدوها ومعنى تعلق ذلك برقبته ان رقبته تسلم فى هذه الجنايات الا أن يشاء سيده أن يفتديه منها بارش الجناية قلت الجناية أو كثرت وهذا كله لانه تعدى فيما لم يؤتمن عليه ولم يسلم اليه وأما ما اؤتمن عليه أو أسلم اليه فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون كل عدوى كان من العبد فيما اؤتمن عليه من وديعة أو بضاعة أو استؤجر على عمل أو عارية أو كراء أو ما صار بيده باذن أهله فيبيع ذلك أو يأ كله ان كان طعاما فذلك فى ذمته الا فى وجه واحد ان يتعمد فساد ذلك الشئ بقطع الثوب وعقر البعير وشبهه فذلك فى رقبته وقاله أصبغ وقال ولم يكن ابن القاسم يميز بين ذلك فوجه قول ابن الماجشون انه أتلفه لمنفعة نفسه فلذلك تعلق بذمته وأما عقر البعير وقطع الثوب فانه قصد اتلافه لغير منفعة له فى ذلك فتعلق ذلك برقبته ووجه قول ابن القاسم انه قصد اتلاف ما اؤتمن عليه فتعلق بذمته دون رقبته كما لو أ كله (مسئلة) ومن استأجر عبدا ليوصل له بعيرا الى منهل فنحره وقال خفت عليه الموت روى ابن القاسم عن مالك انه قال ومن يعلم مثل هذا أراه فى رقبته وقال مثل ذلك اذا آجره على أن يعلف البعير فيبيعه أو ينحره فيأ كل لحمه وهو بمنزلة ما لو آجره على رعاية غنم فذبحها أو حراسة حائط فيجده أو على أن يحمل له شيأ الى بيته فيسرق من البيت ثوبا ولم أره كالصانع يقول ذهب المتاع (مسئلة) واذا قال العبد لرجل سيدى يسئلك ألف دينار سلفا فدفعها اليه ببينة فأتلفها قال ابن القاسم فى الموازية فى رقبته ان لم يكن للعبد مال قال أصبغ لافرق بين الخديعة والخيانة وذلك فى رقبته وروى سحنون عن أشهب فى العتبية هذه خلابة وذلك فى رقبته ان ادعى أنه أتلفه أو دفعه الى سيده قال ابن المواز فى قول ابن القاسم ليس هذا بشئ وقوله الآخر انها فى ذمته وجه القول الاول ان يده فى قبضها يد سيده ولم تسلم الى العبد ليكون هو المؤتمن عليها ووجه القول الثانى انها سلمت اليه باختيار مالكها فلم تتعلق جنايته عليها بذمته كما لو أودعها

﴿ ما يجوز من النحل ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ولدا صغيرا لم يبلغ أن يحوز نحله فأعلن ذلك له وأشهد عليها فهى جائزة وان وليها أبوه ＊ قال مالك الأمر عندنا أن من نحل ابنا صغيرا له ذهبا أو ورقا ثم هلك وهو يليه أنه لاشئ للابن من ذلك الا أن يكون الأب عزلها بعينها أو دفعها الى رجل وضعها لابنه عند ذلك الرجل فان فعل ذلك فهو جائز للابن ﴾ ش قوله من نحل ابنه الصغير وأشهد على ذلك وأعلن به حتى يعلم أن نظره فيه انما هو لابنه فالعطية جائزة وان وليها الأب

﴿ ماجاء فيما أفسد العبيد أو جرحوا ﴾
＊ قال يحيي سمعت مالكا يقول السنة عندنا فى جناية العبيد ان كل ما أصاب العبد من جرح جرح به انسانا أو شئ اختلسه أو حريسة احترسها أو ثمر معلق جذه أو افسده أو سرقة سرقها لاقطع عليه فيها ان ذلك فى رقبة العبد لايعدو ذلك الرقبة قل ذلك أو كثر فان شاء سيده أن يعطى قيمة ما أخذ غلامه أو افسد أو عقل ما جرح أعطاه وأمسك غلامه وان شاء أن يسلمه أسلمه وليس عليه شئ غير ذلك فسيده فى ذلك بالخيار
﴿ ما يجوز من النحل ﴾
＊ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ولدا صغيرا لم يبلغ أن يحوز نحله فاعلن ذلك له وأشهد عليها فهى جائزة وان وليها أبوه ＊ قال مالك الأمر عندنا ان من نحل ابنا صغيرا له ذهبا أو ورقا ثم هلك وهو يليه انه لاشئ للابن من ذلك الا أن يكون الأب عزلها بعينها أو دفعها الى رجل وضعها لابنه عند ذلك الرجل فان فعل ذلك فهو جائز للابن

لانه هو الحائز لابنه الصغير من نفسه ومن غيره وذلك أن الموهوب على ضربين عين وغير عين فأما غير العين فما كان يحاز ولا ينتفع الأب به حال الحيازة و بعدها كالجنة يستغلها أو الربع يكريه أو السلعة يمسكها له أو يبيعها فانه يصح حيازة الأب اياها لابنه وما كان الأب ينتفع به كالدار يسكنها أو الثوب يلبسه فلا تصح حيازة الأب له مع استدامة ذلك لان انتفاعه به كسكنى الدار ولبس الثوب ينافي حيازة الابن (مسئلة) وهذا فيمن وهب معينا فأما اذا وهب جزأ مشاعا فاختلف قول مالك في جواز حيازة الأب لابنه فروى عن مالك أنه جائز وقال ابن الماجشون ثم رجع مالك وقال لا يجوز ذلك الا في العين و به قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ وجه القول الأول ان ما صحت هبته صحت حيازته كالعين ووجه القول الثاني أن رهن المشاع لا يجوز لان الحيازة لا تصح فيها مع بقاء سائره بيد المرتهن فكذلك في الهبة (مسئلة) وأما العين فاختلف في صحة احتياز الأب اياه وقد تقدم ذكر ذلك وهذا حكم الأب في الاحتياز وأما الأم فاختلف أصحاب مالك فيها فالذي قاله ابن القاسم ومالك أنها لا تحوز لابنها الصغير ما وهبته الا أن تكون وصية وقال ابن وهب تحوز الأم والأجداد والجدة اذا كان صغيرا في حجرهم وان لم يكونوا أوصياء وجه القول الاول ان من لا يجوز له نكاح اليتيم ولا المباراة عنه والتصرف في ماله فانه لا يجوز أن يحوز ما وهبه له كالأخ ووجه القول الثاني ان كل من له ولادة عليه وحضانة فانه يحوز ما وهبه له كالأب

(فصل) وقول عثمان رضي الله عنه من نحل ابنا له صغيرا وحازه له وأشهد به انه حائز للابن ولم يذكر في جميع ما ينحل يحتمل أن يريد به كل نحل من عرض أو عين قد ختم عليه الاب وأشهد فيجوز ذلك على رواية عن مالك و يحتمل أن يريد به العرض خاصة فيجوز على القولين و يحتمل من جهة اللفظ أن يريد العرض والعين مختوما أو غير مختوم فلا يجوز في غير المختوم في قول مالك

(فصل) وقول مالك ان من نحل ابنه الصغير ذهبا أو ورقا أنه لا شئ للابن من ذلك الا أن يكون عزلها بعينها أو دفعها الى رجل فيجوز فأما وضعها عند غيره فلا خلاف في المذهب في جواز ذلك وأما عزلها فهو أن يجعلها في شئ و يختم عليها و يشهد على ذلك وقد تقدم ذكر ذلك والخلاف فيه بما يغني عن اعادته ههنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الشفعة ﴾

﴿ ما تقع فيه الشفعة ﴾

أصل الشفعة ان الرجل كان اذا باع في الجاهلية منزلا أو حائطا أتاه الجار أو الشريك فيشفع اليه فيما باع فشفعه وجعله أولى ممن بعد سببه فسميت شفعة وطالبها شفيعا ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه * قال مالك وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا * قال مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن الشفعة هل فيها من سنة فقال نعم الشفعة في الدور والارضين ولا تكون الا بين الشركاء * مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار مثل ذلك ﴾ ش قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم يقتضي تعلق الشفعة به قبل القسمة والظاهر انه من جنس ما يقسم وأما ما لا يصح فيه القسمة فانه لا يقال فيه ما لم يقسم كما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الشفعة)

﴿ ما تقع فيه الشفعة ﴾

* حدثنا يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب وعن أبي سلمة ابن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه * قال مالك وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا * قال مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن الشفعة هل فيها من سنة فقال نعم الشفعة في الدور والارضين ولا تكون الا بين الشركاء * وحدثني مالك أنه بلغه عن سليمان بن يسار مثل ذلك

لا يقال في الانسان يثبت فيه حكم كذا ما لم يقسم لان ذلك يقتضي ان له حالة يقسم فيها * وما ينقسم على ضربين ضرب يقسم بالحدود كالارضين وما فيها من المباني والأشجار وضرب ينقسم بغير حدود كالمكيل والموزون والمعدود وبعض المذروع فقوله صلى الله عليه وسلم فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة يقتضي اختصاص تعلق هذا الحكم بما يضرب فيه الحدود دون غيره مما لا تضرب فيه الحدود وينظر فيما ينقل ويحول مما لا ينقسم بضرب الحدود فان وجدنا عليه ثبوت الشفعة فيه ألحقناه بما فيه الشفعة وان وجدناه مختصا بما تضرب فيه الحدود قصرنا الشفعة عليه ووجدنا ما تثبت الشفعة في جنسه يبطل حكم الشفعة فيه بالقسمة فثبت أن لكون المبيع مما تصح فيه القسمة بالحدود تأثيرا في اثبات الشفعة لانه قد وصف بذلك ما تثبت فيه الشفعة والظاهر أن الحكم اذا علق على صفة فان تلك الصفة علة لذلك الحكم أو وصف من أوصاف علة ذلك الحكم وثبت بقوله فاذا وقعت الحدود فلا شفعة ان للقسمة تأثيرا في ابطالها وثبت أن الشفعة انما ثبتت لازالة ضرر ولا تصح أن تكون لازالة ضرر القسمة على الاطلاق فان ضرر الشركة أثبت فيما لا يقسم كالعبد الواحد والثوب الواحد ولا شفعة فيه ولا يجوز أن يكون ضرر القسمة على الاطلاق لان في القسمة ما لا ضرر فيه كقسمة اليسير من الموزون والمكيل والمعدود فلم يبق ما يمكن أن يشار اليه الا بالضرر اللاحق بنوع من القسمة وهو ما يلحق بقسمة الأرضين من الأجر والمؤن التي تختص بقسمة الدور والارضين فانه يقسمها غالبا قوم يختصون بعلم ذلك ويتمولون لهم فيها مؤنة وأجرة غالبا وسائر الاشياء قسمتها لا تختص بقسام معين ولا يتمولون فيها مؤنة ولا أجرة فثبت بذلك أن الشفعة مقصورة على ما يقسم بالحدود وهي الاصول الثابتة * قال مالك في الموازية وغيرها انما الشفعة في الارضين وما يتصل بها من ثمرة أو بناء فأما الارض فالشفعة فيها عندنا ثابتة وكذلك الشجر والبناء الا أنه على ضربين أحدهما أن يكون مقصود المنفعة والثاني أن يكون ممرا فقال المال الذي تصح قسمته دون تعيين فأما الضرب الاول فانه على قسمين أحدهما ينقسم مع بقاء اسمه وصفته كالحقل والدار الكبيرة التي يصيب بها كل واحد من المتقاسمين بالقسمة منها ما يقع عليه اسم حقل ودار والثاني لا ينقسم الا بأن يتغير اسمه وصفته كالحمام الذي ان قسم لم يكن حظ كل واحد من المتقاسمين حماما فأما القسم الاول فعلى نوعين أحدهما لا مضرة في قسمته والثاني تلحق المضرة في قسمته فأما ما لا تلحق المضرة في قسمته فلا خلاف في المذهب في ثبوت الشفعة فيه وهو أن يجتمع فيه هذه الصفات الثلاث أن يكون مقصود المنفعة لنفسها كالحقل الذي منفعته بالمزارعة مقصودة والدار التي منفعتها بالسكنى مقصودة والشجر التي منفعتها بالثمرة مقصودة والثانية أن ينقسم دون تغيير والثالثة أن ينقسم دون مضرة (مسئلة) فأما ما كانت منفعته غير مقصودة لنفسها كالطريق التي انما تتخذ للانتفاع بممره أو ساحة الدار التي انما تتخذ ليرتفق بها في سكنى البيوت فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما ما لا ينقسم مع بقاء منفعته كالحمام فقد اختلف قول مالك فيه فقال ابن المواز لم يختلف مالك وأصحابه ان الشفعة في الحمام وقال ابن الماجشون في غير الموازية وأبى مالك الشفعة في الحمام من قبل انه لا يقسم الا بتحويله عن أن يكون حماما وبه قال ابن القاسم فثبت أن هذا القسم مختلف فيه وجه القول الأول ان هذا ملك من الأصول الثابتة مشترك بين ملاك كاملي الملك فتثبت فيه الشفعة أصل ذلك ما لا يتغير بالقسمة ووجه القول الثاني ما احتج به له فوق هذا ومعناه ان ما لا يثبت فيه حكم القسمة فانه لا يثبت فيه حكم الشفعة كالعبد والدابة وأما ما لا ينقسم الا بضرر فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما

الرحا فى الموازية والعتبية قال ابن القاسم لا شفعة فى رحا الماء ورحا الدواب وان بيع مع البيت فالشفعة فى البيت دون الرحا وهذا الحكم انما يتعلق بالأحجار والآلات لانها ليست بقاعة ولا بناء وانما هى آلات موضوعة غير متصلة بالأرض اتصال البناء وقد اختلف أصحابنا فيما بنى منها فى الدور وهل يتبع الدار بمجرد العقد وعلى حسب ذلك تخرج مذاهبهم فى ثبوت الشفعة فيها وأما رحا الماء والدواب فليست بمبنية فى الأرض وانما هى موضوعة فلا شفعة فيها على قول ابن القاسم وقال أشهب وعبد الملك فى المجموعة والموازية ان نصبوها فى أرضهم ففيها الشفعة وان نصبوها فى غير أرضهم فلا شفعة فيها باع أحدهم حصة من الرحا أو حصته منها ومن البيت وقال أشهب فى غير هذا الموضع انما الرحا التى لا شفعة فيها التى تجعل وسط الماء على غير أرض وأما ما ردم لها موضع فى الماء فان اتصل بالأرض فله حكم الأرض فان لم يتصل بها فلا شفعة فأثبت فيها أشهب الشفعة اذا كان موضعها تثبت فيه الشفعة على سبيل التبع للموضع ومنع الشفعة كالبئر والعين فعلى هذا انما الخلاف فى ثبوت الشفعة فى أحجار الرحا دون موضعها فأما مواضعها فجرى فيها من اعتبار الصفات ما تقدم (مسئلة) وأما الاندر فروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب ان نفقة الاندر ان كانت بينهما ففيها الشفعة كسائر البقاع وكعرصة الدار المهدومة وقاله أشهب وقال سحنون فى العتبية لا شفعة فيه كالأفنية فذهب سحنون الى أنه ليست منفعته مقصودة فى نفسها وانما هو مما يرتفق به للزرع الذى منفعته من غير الاندر كالأفنية وانما هو لحظ الموردة والتوسع فيها للسكنى وذهب ابن وهب الى أن منفعته مختصة به ومفردة كالمساكن

(فصل) وأما الثمرة فعن مالك فيها روايتان روى عنه ابن القاسم وأشهب ومعظم أصحابه ثبوت الشفعة فيها قال أشهب وذلك أنها تقسم بالحدود كما تقسم الأرض يريد والله أعلم اذا قسمت فى النخل قبل الجد لاختلاف أغراض أهلها قال أشهب عن مالك فى المجموعة وذلك ما لم يزايل الأصل وروى ابن المواز عن ابن الماجشون لا شفعة فى الثمار وحكاه القاضى أبو محمد عن مالك وجه القول الاول انها تبع للارض بمجرد العقد فثبت فيها الشفعة كالشجر ووجه القول الثانى انها مما ينقل ويحول فاذا ظهرت لم تتبع الأصل بمجرد العقد كالثياب (فرع) واذا قلنا بالشفعة فيها فقد قال أشهب عن مالك فى المجموعة الشفعة فيها ما لم تزايل الأصل وقال ابن القاسم فى المدونة الشفعة فيها ما لم تيبس وتجد وجه قول مالك انها ما دامت فى النخل متصلة بالاصل فان حكمها حكمه فى الشفعة كالرطب والجزيد ووجه قول ابن القاسم انها اذا يبست لم تتم بالأصل فلم يثبت فيها حكم الشفعة كالمجدودة وهذا اذا أفردت بالبيع الثمرة فان بيعت مع الاصل فقد حكى القاضى أبو محمد ان الشفيع يأخذه مع الثمرة قائمة كانت أو مجدودة وللمشترى ما سقى وأنفق وهذه المسئلة وان كان أبو محمد أوردها مجملة فقد اختلف أصحابنا فيما أشار اليه منها وذلك أن النخل اذا بيعت فلا يخلو أن يكون فيها ثمر أو لا يكون فيها فان لم يكن فيها ثمر وجاء الشفيع قبل أن يكون فيها ثمر أو قبل أن تكون الثمرة مأبورة فان للشفيع الثمرة مع الأصل ولا خلاف فى ذلك وان جاء وقد أبرت الثمرة أو أزهت فله أن يأخذ الثمرة مع الأصل عند ابن القاسم قال ابن المواز عن أشهب ان شراها مأبورة أو غير مأبورة ثم أبرها المبتاع فان الشفيع يأخذ الأصل دون الثمرة لان الشفعة بيع ومأبور الثمرة للبائع وقال ابن القاسم فى المدونة انه قول بعض المدنيين وجه قول ابن القاسم ان الثمرة لم تفارق الأصل حكما باليبس ولا فعلا بالجد فكانت تبعا للاصل فيما يستحق بمعنى ماض كالاستحقاق وأيضا فان الثمرة فيها الشفعة ما دامت فى حال

النماء فثبت فيها حكم الشفعة تبعا وأصلا ووجه قول أشهب ما احتج به والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا انها تبع للاصل فى الشفعة فقد قال ابن القاسم فى المجموعة والموازية يأخذ الأصل والثمرة بالثمن وعليه غرم ما أنفق المشترى وسقى وعالج وقال أشهب فيها يأخذ الثمرة بقيمتها على الرجاء والخوف ولو قال قائل له قيمة ما أنفق لم أر به بأسا وقال عبد الملك فى الكتابين وقال سحنون ليس على الشفيع شئ الا الثمن لان المنفق أنفق على مال نفسه فلا يرجع الا بماله عين قائمة وجه قول ابن القاسم انه لما كان للشفيع الغلة كان له ما يختص بها من النفقة ووجه قول أشهب ان الثمرة لما لم يتناولها الثمن ولزم امضاؤها للشفيع كان عوضها قيمتها لان النفقة عليها قد تكون أمثال قيمة الثمرة وقد تقل فكانت القيمة أعدل ووجه قول عبد الملك ما احتج به و بماذا يأخذ الشفيع قال ابن القاسم اذا فاتت بالجدأو اليبس فان الشفيع يأخذ الأصل بجميع الثمن ولا يوضع عنه شئ للثمرة ولا حصة للثمرة من الثمن يوم وقعت الصفقة (مسئلة) ولو كانت الثمرة مأبورة يوم الشراء فقد قال ابن القاسم ان الثمرة للشفيع مالم تيبس فان يبست أو جدت فلا شفعة فيها و يقسم الثمن على الأصل والثمرة فما كان للاصل فهو يأخذ به الشفيع الأصل وما كان للثمرة فهو على المشترى بالثمرة

(فصل) وان اشتراها مزهية فقد قال أشهب للشفيع أخذ الأصول دون الثمرة وهذا القول مبنى على ان الثمرة لا منفعة فيها وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا فيها الشفعة لان الثمرة لو انفردت لثبتت فيها الشفعة فكذلك اذا انضافت فى البيع الى ما لا يثبت فيه الشفعة و يجىء قول أشهب على رواية نفى الشفعة فى الثمرة والله أعلم وأحكم (فرع) وحتى متى يتبع الأصل قال ابن المواز قال ابن القاسم عن مالك الثمرة للشفيع مالم تيبس أو تجد فان جدت وهى صغيرة أو كبيرة حط عن الشفيع حصتها من الثمن وقال مرة يأخذها بالشفعة فان جدت أو يبست فله مثلها ان عرف كيلها وان لم يعرف كيلها وكان جذها صغيرة لم تطب فلا يأخذ فيها ثمنا والثمر عليها وعلى الأصول اذا كانت يوم الشراء مزهية أو مأبورة واشترطها المبتاع ورواه أيضا عن مالك و به قال أشهب واختاره ابن المواز وقد تقدم توجيه ذلك (فرع) فان قلنا انها قد فاتت بالجد أو اليبس وهى للمشترى فان ابن القاسم روى عن مالك انه يحط عن الشفيع حصتها من الثمن وقد قال ابن الماجشون فى الثمرة المأبورة اذا لم يقم الشفيع حتى زايلت الأرض فلا تحسب وكذلك يقول انها تباع من النخل بالطعام الى أجل اذ لا حصة لها من الثمن وقال ابن عبدوس بل لها حصة من الثمن ولكنها تبع وقد اختلف فيها قول سحنون (مسئلة) وهذا اذا كان الأصل بينهما فان لم يكن الأصل لهما فقد قال أشهب فى الموازية الشفعة فى الثمرة وان لم يكن الأصل لهما وقاله مالك فى المدونة فى قوم بينهم ثمرة كان الأصل لهم أو مساقاة فى أيديهم أو حبسا عليهم و به قال ابن القاسم وفى الموازية أيضا اذا قسمت الأرض دون الثمرة قال محمد الشفعة فيها اذا كان الأصل بينهما وقال القاضى أبو محمد ان الروايتين فى ثبوتها ونفيها فى الثمرة اذا كان الأصل فى أيديهم بملك أو حبس أو مساقاة أو مبتدأ الشراء وجه القول الاول ان الثمرة انما يجب فيها الشفعة على وجه التبع للاصل فاذا زايلت الأصل فلا شفعة فيها فاذا زايلته فى الملك أو كانت مقسومة فبأن لا يجب فيها الشفعة أولى ألا ترى أن العين والبئر لما وجبت فيها الشفعة على وجه التبع للارض اذا قسمت الأرض أو زايلته فى الملك فلا شفعة فيه ووجه القول الثانى ان الشفعة تجب فى الثمرة وهى مما يقسم بالحدود مادامت فى الأصل فوجب أن يكون الاعتبار بها دون الاعتبار بأصلها كالارضين والاشجار و بذلك خالفت العين فانها لا تنقسم (مسئلة) فاذا قلنا

بثبوت الشفعة فى ثمرة النخل فقد روى ابن القاسم عن مالك فى الموازية الشفعة فى العنب قال ابن القاسم والمقاثى عندى فيها الشفعة لأنها ثمرة ولا شفعة فى البقول ووجه ذلك ان ما كان له أصل ثابت تجنى ثمرته مع بقائه ففيه الشفعة كالشجر ومالم يكن على ذلك وانما هو نبت لا تجنى ثمرته مع بقائه فلا شفعة فيه لأنه ليس بأصل ثابت أصل ذلك ماينقل ويحول وقد روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية وغيرها الاشفعة فى الزرع لأنه لا يحل بيعه حتى ييبس

(فصل) ومن اشترى أرضا فزرعها فان جاء الشفيع قبل ان ينبت الزرع فيها أخذها فزرعها وقد قال ابن القاسم فى المدونة لاشئ للشفيع من الزرع ولا كراء له فى الارض وان كان فى ابان الزراعة ولم يفرق بين ان يكون الزرع نبت أولا أخذ الارض دون الزرع فان أخذ الارض بزرعها لأنه لم ينبت فله أخذها بالثمن و بقية الزرع على الرجاء والخوف ولو قال قائل يأخذها بالثمن بما أنفق لم أعبه بل هو أقيس واستحسن الاول قال محمد بل يأخذها بالثمن و بقية ما أنفق من البذر والعلاج والله أعلم وأحكم وقال ابن القاسم يأخذ الارض والزرع بالثمن والنفقة كمن اشترى نخلا لم يؤبر فأخذه الشفيع بعد الابار (مسئلة) ومن اشترى أرضا فزرعها فجاء الشفيع قبل ان ينبت الزرع فعلى مذهب ابن القاسم لاشفعة فى الزرع جملة وعلى مذهب أشهب الشفعة فى الارض والزرع فاذا قلنا بقول ابن القاسم فيحتمل وجهين أحدهما أنه يأخذ بالشفعة الارض وان لم ينبت الزرع وذلك اذا أجرى الاخذ بالشفعة مجرى الاستحقاق والوجه الثانى ليس له أن يأخذ الارض بالشفعة حتى ينبت الزرع وذلك اذا أجرى الاخذ بالشفعة مجرى ذلك البيع (مسئلة) فاذا جاء الشفيع وقد نبت الزرع فلا شفعة فى الزرع عند ابن القاسم وقال أشهب فى الموازية للشفيع اذا قام والزرع أخضر أن يأخذ بالشفعة الارض والزرع بل ليس له الا ذلك وقال أيضا فى موضع آخر له الشفعة فى الارض دون الزرع وقال ابن عبدوس أنكر سحنون قول أشهب فى الزرع وقال بقول ابن القاسم لاشفعة فى الزرع ووجه القول الاول انها ثمرة متغذية بالاصل كالثمرة التى لم تيبس ووجه القول الثانى انها ليس لها أصل ثابت ولا هو من آلات الاصل فلم تثبت الشفعة فيه كالثياب (مسئلة) وأما ما يكون للحائط من البئر أو العين فان الشفعة ثابتة فيه لأن له أصلا ثابتا ومنفعة مقصودة على الارض فكان لها حكمها فى الشفعة اذا كان بيعا (مسئلة) وأما ما يباع من الارض من آلة الحائط فذكر ابن عبدوس عن سحنون ان فيه الشفعة لأن فيه صلاح الحائط وعمارته كالبئر والعين (مسئلة) ولو بنى جماعة فى أرض عارية فباع أحدهم حصته من النقض قال ابن المواز عن ابن القاسم رب الدار مبدأ فان شاء أخذ بالاقل من قيمة ذلك منقوضا أو الثمن فان أبى فلشريكه أخذ ذلك بالثمن قال أشهب لاشفعة فى ذلك لاشراكه اذلا ملك لهم فى العرصة وهو بيع فاسد باع جميعهم أو أحدهم لأن رب الارض له أن يأخذ ذلك ويؤدى قيمته أو يأمره بقلعه فلا يدرى المبتاع ما اشترى ورواه عن مالك وقال محمد هو الصواب وقد قال سحنون فى الحبس يبنى فيه جماعة فمات أحدهم فأراد ورثته بيع نصيبه من ذلك البناء أستحسن ان يكون لاخوته الشفعة (مسئلة) وأما الشفعة فى الكراء قال ابن حبيب اختلف قول مالك فى الشفعة فى الكراء فأخذ ابن الماجشون وابن عبد الحكم بقوله لاشفعة فيه وهو الذى رواه ابن القاسم فى الموازية والمدونة قال ابن وهب والمغيرة قال ابن حبيب وأخذ مطرف وابن القاسم وأصبغ بقوله فيه الشفعة ورواه ابن المواز عن أشهب قال ابن حبيب وذلك فى كراء الدور والمزارع سواء ووجه القول الاول ان المنافع لاتصح فيها القسمة بالحدود فلم تثبت

فيها الشفعة كالثياب ووجه القول الثاني ان المنافع لا تنفصل ولا تتم الا بالاصل الذي يقسم بالحدود فتثبت فيها الشفعة كالثمرة النامية وبمثل هذا احتج ابن المواز لأنه يختار الشفعة فيها

(فصل) وقوله فاذا وقعت الحدود فلا شفعة نص في انه لا شفعة في مال بعد قسمته وبهذا قال مالك والشافعي وهو المروى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال أبو حنيفة وسائر الكوفيين باثبات الشفعة للجار الملاصق دون المحاذي والدليل على ما ذهب اليه أهل المدينة قوله صلى الله عليه وسلم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة والحدود واقعة بين المتجاورين ومن جهة المعنى ان هذا متميز الحق عن ملك المجاور فلم تثبت له شفعة كالجار المحاذي وهو معنى ما روى ابن المسيب ان الشفعة لا تكون الا بين الشركاء ص ﴿ قال مالك في رجل اشترى شقصا مع قوم في أرض بحيوان عبد أو وليدة أوما أشبه ذلك من العروض فجاء الشريك يأخذ بشفعته بعد ذلك فوجد العبد أو الوليدة قد هلكا ولم يعلم أحد قدر قيمتهما فيقول المشترى قيمة العبد أو الوليدة مائة دينار ويقول صاحب الشفعة الشريك بل قيمتها خمسون دينارا * قال مالك يحلف المشترى ان قيمة ما اشترى به مائة دينار ثم ان شاء أن يأخذ صاحب الشفعة أخذ أو يترك الا أن يأتي الشفيع ببينة أن قيمة العبد أو الوليدة دون ما قال المشترى ﴾ ش وهذا على ما قال ان من اشترى شقصا بعرض ثم جاء الشفيع فان له أن يأخذ بقيمة ذلك العرض اذا كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود ومعنى ذلك انه مما لا مثل له وفي كتاب ابن المواز ان اشتراه على جزاف فعلى الشريك قيمة ذلك الحلي يقوم ذهبه بالفضة ويقوم فضته بالذهب وكذلك الجزاف من السبائك والرصاص والنحاس والطعام المصبر وأما ان اشتراه المشترى بمكيل أو موزون أو معدود فانما عليه مثله وليس هذا من بيع ما ليس عنده لانه عقد لا يقف على اختيار المتعاقدين لان المشترى مغلوب على التسليم وانما يراعى بيع ما ليس عنده في العقد الموقوف على اختيار المتعاقدين على ان فيه اختلافا بين ابن القاسم وأشهب في بيع المرابحة وقد تقدم ذكره

(مسئلة) وان كان العرض الذي اشترى به المشترى مؤجلا ففي كتاب ابن المواز عن أشهب أن للشفيع أن يأخذه بقيمة العرض الى أجله على مثل ما هو عليه ولا يجوز أن يأخذ ذلك قبل معرفتهما بقيمة العرض وقال محمد وهذا غلط ولا يأخذه الا بقيمة العرض الى أجله وقد رواه أيضا عن أشهب قال محمد وانما تؤخذ القيمة في البيع والشراء بعرض معجل والفرق بينهما ان العرض المعين يباع اذا استحق انتقض البيع والمبيع الموصوف في الذمة اذا استحق قيمته يوم قبضه لم ينقض البيع وكان عليه مثله ووجه قول أشهب أن العروض لا يجب تسليم مثلها الا انها مما لا مثل لها وانما يجب فيها القيمة كالمعين منها (مسئلة) ولو اشترى الشقص بدين على البائع فقد قال ابن الماجشون في الموازية وغيرها يأخذها الشفيع بقيمة ذلك الدين عرضا من العروض كالحنطة والزبيب وما أشبه ذلك مما يتعجل ثمنه وحكى ابن عبدوس عن سحنون أن الدين يقوم بعرض ثم يقوم العرض بعين ثم يأخذ الشفيع بذلك وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك ان الشفيع لا يأخذه الا بمثل ذلك الدين أو يترك ولو كان البائع غريما دفع العرض بأكثر من قيمته وقاله أشهب زاد ابن حبيب عن مطرف وان كثرت القيمة فيه وقال أصبغ لا يأخذه بمثل الدين الا أن يهضم له هضيمة بينة فيأخذه بقيمة الشقص لا بقيمة الدين ووجه قول ابن الماجشون أن الدين كالعرض ولذلك لا تجب فيه زكاة الا بمثل ما تجب بعروض التجارة فوجب أن يقوم للشفيع وانما دفع فيه العرض لان تقويم العرض يؤدى الى التفاضل في العين فيما يلزم فيه التساوى وانما قوم العرض مرة أخرى بالعين على

* قال مالك في رجل اشترى شقصا مع قوم في أرض بحيوان عبد أو وليدة أوما أشبه ذلك من العروض فجاء الشريك يأخذ بشفعته بعد ذلك فوجد العبد أو الوليدة قد هلكا ولم يعلم أحد قدر قيمتهما فيقول المشترى قيمة العبد أو الوليدة مائة دينار ويقول صاحب الشفعة الشريك بل قيمتها خمسون دينارا قال مالك يحلف المشترى ان قيمة ما اشترى به مائة دينار ثم ان شاء أن يأخذ صاحب الشفعة أخذ أو يترك الا أن يأتي الشفيع ببينة ان قيمة العبد أو الوليدة دون ما قال المشترى

قول سحنون ان التقويم انما شرع فى العين لانه لاتختلف فيه الأسواق ولا البلاد ولذلك اتفق على انه أصل الأثمان وقيم المتلفات وانما دخل العرض فيه للتعامل ليسلم من التفاضل فى الجنس الواحد من العين وانما لا يجوز مثل هذا فى المبيع لمنع الذرائع وذلك حكم يختص بالبيع دون ما يجب عليه من التقويم والله أعلم ووجه قول مالك ان المشترى اشترى بالعين فلا يأخذه الشفيع الا بمثل ذلك الثمن كما لو اشتراه بثمن مؤجل على المشترى والبيع يكون بمثل القيمة أو أقل أو أكثر وليس للشفيع أن يأخذ الا بمثل الثمن وان زاد المشترى على القيمة أو نقص وانما راعى أصبغ الهضم الكثير لانه عنده بمنزلة الهبة من جملة الدين كما لو وهبه بعض الثمن بعد انعقاد البيع وان الطرح الكثير لا تأثير له واليسير له تأثير فى الثمن فكذلك فى مسئلتنا (فرع) فاذا قلنا يأخذ بمثل الدين فقد روى ابن حبيب عن مالك ان كان الدين يوم قيام الشفيع حالا أخذه به حالا وان كان بقى من الأجل شئ فالى مثل ما بقى من الأجل وقال أصبغ انما يستشفع بمثل الدين حالا وجه قول مالك ان حكم الشفعة مساواة الشفيع المشترى فيما يدفعه عوضا عن المبيع وليس من المساواة أن يعجل له ثمنا هو مؤجل عليه ووجه قول أصبغ ان الدين الذى كان على البائع تصور فيه أخذ عوضه منه وليس للشفيع على المشترى دين مؤجل فيأخذ به شفعته ولا يكاد يتفق أن يكون كل شفيع له على المشترى مثل الدين الذى كان للمشترى على البائع والى مثل أجله ولا يجوز أن يزيد فى الأجل ولا ينقص منه لان ذلك يدخله بيع وسلف فلذلك لم يصح مراعاة الأجل فى الشفعة والله أعلم (مسئلة) ومن اكترى ابلا الى مكة بشقص أو استأجر به أجيرا أو اكترى دارا سنة ففى المجموعة عن مالك للشفيع أن يأخذ بمثل كراء الابل وبقيمة الاجارة وقال أشهب بمثل كراء الابل الى مكة من مثل صاحبها ان كان مضمونا فعلى الضمان وان كانت معينة فعلى التعيين وقاله ابن الماجشون فى الاجارة بمثل أجرة من استؤجر (فرع) فاذا تعذرت الدواب المعينة فى بعض الطريق أو مات الأجير أو انهدم المسكن فى نصف السنة فليرجع البائع بقيمة نصف شقصه على المبتاع ولا ينتقض على الشفيع بشئ قاله ابن المواز وقال أشهب فى المجموعة يرجع عليه المتكارى بنصف ما كان يأخذه منه من قيمة كراء ابله الا أن تكون قيمة كرائها أكثر من قيمة الشقص فيكون الشفيع هو الراجع عليه بنصف كراء ابله ويدع له من ذلك نصف قيمة الشقص ونحوه لعبد الملك

(فصل) وقوله فيقول المشترى قيمة الوليدة مائة ويقول الشفيع قيمتها خمسون يريد ان مشترى الشقص بالوليدة والشفيع اختلفا فى قيمة الوليدة التى هى ثمن الشقص فيقول المشترى قيمة ذلك مائة ليأخذ من الشفيع مائة ويقول الشفيع خمسون ليأخذ الشقص بخمسين وقد قال مالك ان القول قول المشترى يحلف على المائة ووجه ذلك أن الشقص فى يده والقول قول صاحب اليد فاذا حلف فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بمائة أو يتركه وفى كتاب ابن المواز والمجموعة فى اختلاف المشترى والشفيع فى الثمن اذا أتى المشترى بما لا يشبه الثمن أو جهلوا الثمن أخذه الشفيع بقيمته يوم ابتاعه المبتاع ونحوه قال ابن حبيب عن أصبغ وروى عن مطرف ان القول قول المبتاع وان جاء بسرف وقد روى أشهب فى الموازية عن مالك ان أتى المشترى بما يشبه فهو مصدق بغير يمين وفيما لا يشبه باليمين وروى ابن القاسم عن مالك يصدق المشترى فيما يشبه ولا يصدق فيما لا يشبه الا أن يجاوره مالك فيصدق فيما يتغابن به قال محمد لم يختلف مالك وأصحابه فى أن الشفيع لا يأخذه الا بما قال المشترى اذا أتى المشترى بما يشبه واختلفوا اذا أتى بما لا يشبه على ما تقدم قال محمد وهذا

كله اذا لم يدع الشفيع معرفة الثمن فان ادعى معرفته فلا بد من يمين المبتاع فان نكل حلف الشفيع وأدى ما قال وقاله مالك فى موطئه يشير والله أعلم الى قوله فى هذه المسئلة المذكورة فوق هذا من الأصل و يحلف المبتاع (فرع) ولو صدق البائع أحدهما ففى العتبية من سماع أشهب لا ينظر الى قوله ولا يقبل شهادته ولا يأخذ أحدهما الا بما قال المشترى وذلك أنه شاهد لعقد عقده فهو يشهد على فعل نفسه ولا يصح ذلك وانما يصح أن يشهد الشاهد على فعل غيره أو قول غيره وفى كتاب ابن مزين لا تجوز شهادته لانه دافع عن نفسه ومعنى ذلك انه يخشى أن يستحق الارض فيأخذ منه الشفيع الثمن الذى أعطاه و يرجع هو على الشفيع بما أخذ منه (مسئلة) ولو اختلف البائع والمشترى فى الثمن ففى المجموعة لأشهب يتحالفان و يتفاسخان وتبطل الشفعة وقال ابن القاسم ان حلفا أو نكلا فسخ البيع و بطلت الشفعة فلم يكن للشفيع أن يأخذ ما ادعاه البائع ووجه ذلك ان الشفعة مرتقبة على نفوذ البيع فاذا بطل البيع بينهما بطلت الشفعة

(فصل) وقوله يحلف المبتاع على قيمة ما اشترى به يريد والله أعلم قيمته يوم اشترى به لان زيادة قيمته قبل ذلك أو نقصانه لا اعتبار به لانه انما زاد أو نقص عن ملك من صار اليه واليمين فى ذلك تكون على وجهين أحدهما مع عين السلعة والثانى مع وجودها فأما مع عدم عين السلعة فانهما ان اتفقا على صفتها دعا لها المقومون وان اختلفا فى صفتها فالقول قول المبتاع فى صفتها على رواية الموطأ يحلف على ذلك ثم يقوم المقومون تلك الصفة وأما مع وجود السلعة فانه يكون على وجهين أحدهما أن يدعى أحدهما أنها كانت من الصفة على غير ما هى عليه الآن والثانى أن يتفقا على ذلك و يختلفا فى صفتها يوم التبايع فاما أن يدعى أحدهما تغييرا بالزيادة والآخر تغييرا بالنقصان أو يدعى المشترى من التغيير أقل مما يقر له به الشفيع ص ﴿قال مالك من وهب شقصا فى دار أو أرض مشتركة فأثابه الموهوب له بها نقدا أو عرضا فان الشركاء يأخذونها بالشفعة ان شاؤا و يدفعون الى الموهوب له قيمة مثوبته دنانير أو دراهم قال مالك ومن وهب هبة فى دار أو أرض مشتركة فلم يثب منها ولم يطلبها فأراد شريكه أن يأخذها بقيمتها فليس ذلك له ما لم يثب منها فان أثيب فهو للشفيع بقيمة الثواب﴾ ش الهبة تكون على ضربين لغير الثواب وللثواب فأما الهبة لغير الثواب فهى كالصدقة والظاهر من قول مالك أنه لا شفعة فيها وقال ابن عبد الحكم فى المختصر اختلف قول مالك فى الشفعة فى شقص يوهب لغير الثواب فقال القاضى أبو محمد فى الهبة لغير الثواب والصدقة روايتان احداهما وجوب الشفعة والثانية اسقاطها وجه القول بنفيها انه انتقال ملك بغير عوض عنه فلم تثبت فيه الشفعة كالتوارث ووجه القول الثانى أنه انتقال ملك حال الحياة فلم يمنع الشفعة فيه كالهبة للثواب (فرع) فاذا قلنا تبقى الشفعة فيه فانعقدت الهبة على غير الثواب فأثيب فيه ففى المدونة لا شفعة فيه وفى الموازية ولا فى عوضه ووجه ذلك أن الثواب عنها هبة مبتدأة فكان لها حكم الأولى (مسئلة) وأما الهبة للثواب فالشفعة فيها ثابتة قولا واحدا سواء كان الثواب نقدا أو عرضا على ما ذكر فى الأصل وهذا يقتضى الأخذ بالشفعة بعد الاثابة وفى الموازية لا تجب الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به و يعرف وهذا قبل فوات الهبة قولا واحدا وأما بعد فواتها ففى العروض بالزيادة والنقصان وحوالة الأسواق وفى الدور عند ابن القاسم وعند أشهب وابن عبد الحكم هو فوات أيضا فى الرباع فى الهبة للثواب والبيع الفاسد فقد قال أشهب اذا فاتت بذلك فقد وجبت القيمة ولزمت الشفعة وقال ابن القاسم وابن الماجشون لا تجب

قال مالك من وهب شقصا فى دار أو أرض مشتركة فأثابه الموهوب له بها نقدا أو عرضا فان الشركاء يأخذونها بالشفعة ان شاؤا و يدفعون الى الموهوب له قيمة مثوبته دنانير أو دراهم * قال مالك من وهب هبة فى دار أو أرض مشتركة فلم يثب منها ولم يطلبها فأراد شريكه أن يأخذها بقيمتها فليس ذلك له ما لم يثب منها فان اثيب فهو للشفيع بقيمة الثواب

الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف ورواه ابن حبيب عن مطرف قال عبد الملك إذ لعله يقول لم أرد ثوابا فان رأى الناس انه أراد به الثواب قال ابن المواز وان ترك الثواب لموضع الشفعة فلا شفعة الا بعد دفع الثواب ومعنى ذلك ان الثواب مجهول وانما ينفذ بانفاذه أو بالقضاء به ووجه قول أشهب عندى أن يقضى له بالشفعة بالقيمة التى قد لزمته وذلك جائز فى الشفعة لان الشفيع شهد انه قد أخذ بالشفعة قبل أن يعلم الثمن فيجوز له ذلك فليس من شرط الأخذ بالشفعة كون الثمن معلوما وانما ذلك من شرط لزومها له وهذا الظاهر من قول مالك وفى الموطأ ليس له أن يأخذ بالشفعة مالم يثب منها ومعنى ذلك اذا لم يثب والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا أثاب من الهبة بأكثر من قيمتها ففى الموازية لأشهب ان كان قبل فواتها فان الشفيع يأخذ بجميع العوض وان كان بعد فواتها أخذ بالأقل من الثواب أو قيمة الهبة وقال ابن القاسم وعبد الملك لا يأخذ الا بقيمة العوض مابلغ ووجه قول أشهب أن الثواب قبل الفوات ثواب لجميع الهبة لانه لم يلزمه بعد شئ أقل من ذلك ولا أكثر وبعد الفوات قد لزمته القيمة مبتدأة فما زاد بعد فهو هبة مبتدأة فلم يلزم الشفيع وجه القول الثانى أن الثواب متناول لجميع الهبة ومقابل لها ولا فرق بين ماقبل الثواب وبعده لانه لو دفع القيمة قبل الفوات لم يكن للواهب غيرها وكذلك بعد الفوات وما زاد على ذلك فى الوجهين فهو زيادة فى الثواب لا هبة متميزة فلا فرق بين الموضعين وهذا معنى قول مالك فان أثيب منها فهو للشفيع بقيمة الثواب ومسئلة الموطأ مبنية على المساواة بين الحالين (مسئلة) فان أظهر الواهب هبة لغير ثواب وعلى وجه الصدقة وادعى الشفيع الثواب فقد قال مالك لا يمين على المتصدق عليه ان كان ممن لا يتهم وان كان ممن يتهم احلف وقال ابن نافع عن مالك فى المجموعة ان رأى أنه وهب للثواب لانه محتاج وهب عينا فاليمين على الموهوب له أو على ابنه ان كان صغيرا وان كان غنيا عن الثواب وانما وهب لصداقة وقرابة فلا يمين فى ذلك وان لم يكن حاجة ولا قرابة ولا اخاء فاليمين فى ذلك

(فصل) اذا ثبت ذلك فان انتقال المملوك يكون بغير عوض وقد تقدم ذكره ويكون بعوض ومعظم أبوابه البيع ويلحق به الهبة للثواب وقد تقدم ذكرها ومن ذلك الاجارة مثل أن يشترى شقصا من أرض بسكنى داره أو ركوب ابله فالشفعة فى ذلك كله ويأخذه الشفيع بقيمة الاجارة لان السكنى والركوب كالعرض فيأخذ الشفيع بقيمة ذلك وكذلك قيمة الشقص يؤخذ فى دم الخطأ فانه يأخذه الشفيع بالدية لانه عوض عن مال فلا يخلو أن يكون ذلك المال من العين وقد تقدم ذكره أو يكون من أهل الابل ففى المدونة عن ابن القاسم ان الشفيع يأخذ بقيمة الابل فأما على قول أشهب فيمن اشترى شقصا بعروض مؤجلة غير معينة أخذ الشفيع بالقيمة فلا فرق بينهما وعلى قول ابن المواز انما يأخذ بمثلها والفرق بينهما ان ابل الدية غير موصوفة فلذلك عدل الى القيمة والله أعلم (مسئلة) ومن ادعى على رجل فى شقص فصالحه على الانكار فلا شفعة فيه ولو صالحه بشقص آخر فلا شفعة فى الثانى بقيمة ما ادعاه قاله ابن المواز وان صالحه على الاقرار فالشفعة فيه لانها معاوضة (مسئلة) وأما ما كان عوضا لغير مال كدم العمد فللشفيع الاخذ بالشفعة بقيمة الشقص لانه ليس له عوض من المال وانما عوضه غير مال فلما لم يكن لعوضه قيمة أخذ بقيمة نفسه وهذا ان صالحه بالشقص عن دم العمد وأما لو صالحه عن الدم بمال ثم أخذ به الشقص ففى الموازية يأخذ الشفيع الشقص بما كانا اتفقا عليه من دية معجلة أو مؤجلة (مسئلة) وأما الشقص ينكح به أو يخالع ففيه الشفعة وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا شفعة فيه والدليل على مانقوله انه شقص ملك بنوع

معاوضة فثبتت فيه الشفعة كالو ملك بالبيع و يأخذه الشفيع بقيمة الشقص خلافا للشافعي في قوله يأخذه بمهر المثل والدليل على ما نقوله أن البضع ليس بمال فيتقدر به ثمن المبيع فيه وليس كل مهر المثل هو الثمن فيلزم ذلك الشفيع كما خذه من دم عمد ص ﴿ قال مالك في رجل اشترى شقصا في أرض مشتركة بثمن الى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة * قال مالك ان كان مليأ فله الشفعة بذلك الثمن الى ذلك الأجل وان كان مخوفا أن لا يؤدي الثمن الى ذلك الأجل فاذا جاءهم بحميل ملىء ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الارض المشتركة فذلك له ﴾ ش وهذا كما قال ان من اشترى شقصا بثمن مؤجل فان الشفيع انما يأخذه بمثل ذلك الدين الى ذلك الأجل لان من حكم الشفعة انفاذها بالثمن الأول في قدره وصفته وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له الاخذ بثمنه حالا أو الانتظار الى أن يحل الأجل فيأخذه بالنقد ووجهه ما قدمناه

(فصل) وقوله وان كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن الى ذلك الأجل لما قدمناه من المماثلة وهذا اذا تساويا في الملاء والثقة وان كان المشترى أتم غنى من الشفيع وثقة قال أشهب في المجموعة والموازية لم يكن في مثل ملاء المشترى فليأت بحميل في مثل ثقة المشترى وملائه قال ابن المواز والذي عندنا أنه ليس عليه حميل اذا كان مليا ثقة وان كان المبتاع أملأ منه وجه القول الأول ما يلزم من التساوي في الثمنين فكذلك في الذمتين اللتين هما محلان لهما لاسيما مع التأجيل ويؤيد هذا التأويل قوله يأتي بحميل ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص قال محمد ولم يشترط هذا في رواية ابن القاسم وعبد الملك عن مالك ووجه القول الثاني ان التساوي انما يجب فيما يتعلق به الحكم وهو الملاء أو العدم فيعتبر بذلك دون التفاضل اذ الذمم لا تكاد تتساوى ولا تأثير لها في الاخذ بالشفعة ولذلك لو كان الشفيع اتم ملاء وثقة لم يؤثر ذلك في أخذه بالشفعة نقصا من الثمن ولا الأجل ولا اثباتا للشفعة حيث لا تثبت لمن كان دونه فاذا لم تؤثر زيادة حال الشفيع على حال المشترى فكذلك نقصها والله أعلم واحكم .

(فصل) وقوله وان كان مخوفا أن لا يؤدي الثمن الى ذلك الاجل فجاء بحميل ثقة مثل المشترى فذلك له فيه مسئلتان احداهما انه يريد انه ان كان عديما لم يسلم اليه الشفعة لان في ذلك تغريرا بالشقص لئلا يتلفه قبل الاداء فلا يوجد ما يؤخذ منه ثمنه فلا يسلم اليه حتى يأتي بحميل ثقة أو رهن وفي بذلك الثمن الى ذلك الاجل لان في ذلك أمانا مما يخاف منه مع العدم والمسئلة الاخرى تأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا اذا كان المبتاع مليا فان كان عديما واتفقا في العدم فللشفيع الاخذ بالشفعة دون حميل ولا رهن رواه ابن المواز قال محمد لا شفعة له أن يأتي بحميل ثقة كان المبتاع أو عديما أو لم يكن وجه القول الأول ما ذكرناه من مراعاة التساوي ووجه القول الثاني ان عهدة المشترى بالدين على الشفيع وقد يثق البائع بالمشترى بما لا يثق به المشترى بالشفيع كما لو أراد ان يهبه الثمن ويتركه له بعد البيع لم يلزم ذلك المشترى للشفيع (مسئلة) ولو لم يقم الشفيع حتى حل الدين وأدى الثمن فله الاجل مستأنفا مثل ما كان للمشترى قاله عبد الملك في الموازية والمجموعة ورواه ابن حبيب عنه وعن مطرف ومالك وزاد فان لم يكن مليا ولم يأت بحميل فقد قطع السلطان شفعته فلا شفعة له وان وجد حميلا بعد ذلك وروى ابن حبيب عن أصبغ لا يأخذه بعد الأجل الا بالنقد ووجه القول الاول ما قدمناه من التماثل في العوضين وللاجل في ذلك تأثير فقد يشترى الاصل بالتأجيل بمثلي ما يشترى بالنقد ووجه قول أصبغ أن الاجل قد كان لهما جميعا للمشترى وللشفيع فاذا انقضى في حقهما انقضى والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك لا تقطع شفعة

قال مالك في رجل اشترى شقصا في أرض مشتركة بثمن الى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة قال مالك ان كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن الى ذلك الأجل وان كان مخوفا أن لا يؤدي الثمن الى ذلك الأجل فاذا جاءهم بحميل ملىء ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الأرض المشتركة فذلك له

قال مالك لا تقطع شفعة

الغائب غيبته وان طالت غيبته وليس لذلك عندنا حد تقطع اليه الشفعة ﴾ ش وهذا على ماقال وذلك ان الاخذ بالشفعة للشفيع ثابت مالم يترك أو يظهر منه مايدل على الترك أو يأتي من طول المدة مايعلم منه أنه تارك للشفعة وعند أبي حنيفة والشافعي أنهما على الفور * قال مالك في الموازية والمجموعة لاتقطع شفعة الغائب غيبته ولو طالت وان لم يشهد في غيبته انه على شفعته ووجه ذلك أن المغيب عذر في تركه القيام في الشفعة فلم يسقط بذلك حقه كالاغماء والجنون (مسئلة) وهذا اذا كانت غيبته بعيدة فان كانت قريبة قال أشهب في الكتابين ان كانت غيبته قريبة لامؤنة عليه في الشخوص فهو كالحاضر قال في المجموعة وهذا اذا طال زمانه وعلم بوجوب الشفعة ووجه ذلك أنه لا مضرة عليه في طلب الشفعة فكان طول امساكه عن المطالبة بها بمعنى تركها كالحاضر (مسئلة) وأما الحاضر فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احداهما انه لاحد لذلك والثاني ان له حدا ووجه الرواية الاولى قول النبي صلى الله عليه وسلم انما الشفعة فيما لم يقسم وهذا على عمومه في الاوقات والاحوال ومن جهة المعنى ان هذا حق متعلق بالمال وكان المشتري عالما به وقادرا على ازالته عن نفسه بتوقيفه فاذا لم ينقطع حق المشتري من التوقيف بمضي المدة لم ينقطع حق الشفيع بمضي المدة ووجه الرواية الثانية ان في ترك الشفيع على شفعته اضرارا بالمشتري ومنعا له من التصرف في ملكه بالعمارة والانفاق له فكان له حد ينتهي اليه يأمن المبتاع عنده انقضائه الشفعة ولا يقطع حق المشتري تركه ايقاف الشفيع كما لايقطع الشفيع تركه الاشهاد بالاخذ بالشفعة (فرع) فاذا قلنا بتحديد المدة فقد روى ابن القاسم عن مالك السنة والسنتان قريب وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك لايقطع الشفعة مضي السنة الا أن يوقف وقال لا أرى الخمس سنين طولا وروى عن أصبغ هو على شفعته السنتين ونحو ذلك فاذا قلنا بالسنة وهو الاكثر من قول أصحابنا العراقيين فان وجه ذلك أن السنة قد جعلت قدرا لقطع الاعذار في الغيبة وغيرها فكذلك في المتمكن من القيام بالشفعة (فرع) فاذا قلنا بالسنة فهل يكون لما قرب من السنة حكمها فقد قال أشهب اذا غربت الشمس من آخر يوم أيام السنة فلا شفعة له وروى أشهب عن مالك السنة قريب وذلك يقتضي نفي هذا التقدير وقال ابن ميسر ماقارب السنة دخل في حكمها ووجه القول الاول ان ماحد بالسنة كان حكمه مقصورا عليها كالسنة المضروبة للعنة والجنون ووجه القول الثاني ان المدة المحدودة بالسنين اذا لم تفض الى فرقة كان حكم ماقارب السنة حكم السنة أصل ذلك مدة الرضاع (مسئلة) وهذه المدة للشفيع الحاضر فيما لم يوقف قبل أن تنقطع شفعته على حد مانذكره بعد هذا أو يكون له عذر فلا تنقطع شفعته بمضي هذه المدة وقال في المجموعة ليس المرأة في ذلك والضعيف ومن لايستطيع النهوض مثل غيره وقال مطرف وابن الماجشون وكذلك المريض والصغير والبكر كالغائب سواء كان المريض عالما بشفعته أو جاهلا بها وقال أصبغ المريض كالصحيح في ذلك لانه يقدر على أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة انه على شفعته وهذا يقتضي أن الغائب انما يبقى حكم شفعته اذا لم يعلم بذلك وأما اذا علم فانه أيضا يقدر على اشهاده بأخذ الشفعة فان لم يفعل فحكمه حكم الحاضر (مسئلة) فاذا زالت هذه الاعذار من الغيبة والمرض والصغر وماذكر قبل هذا فان لمن زالت عنه من المدة بعد زوالها مثل ماللشفيع من المدة بعد الشراء رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ووجه ذلك ان مدة العذر غير معتبر بها فاذا زال العذر اعتبر من وقت امكان الاخذ بالشفعة بقدر مايعتبر لمطلق الدواعي من وقت

الغائب غيبته وان طالت غيبته وليس لذلك عندنا حد تقطع اليه الشفعة

البيع لانه فى حكمه والله أعلم وهذا اذا كان الصغير لا ولى له من أب أو وصى أو مقدم من حاكم فان كان له ولى منهم فان له من المدة مثل ما للغير المحجور الا أن يسلمه الولى قبل ذلك فان ترك الولى الاخذ بالشفعة سنة فلا شفعة له قاله أشهب وقال مالك فى المجموعة ان علم الولى بالشفعة وعلم منه فى ذلك تفريط وتضييع فلا شفعة للصبى اذا بلغ بعد خمس سنين قال ابن القاسم وأشهب لان وليه بمنزلته وقول مالك هذا على أن مدة الشفعة خمس سنين والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا كانت الغيبة متصلة من قبل وقت الابتياع وأما ان كان حاضرا عند الابتياع ثم غاب فطالت غيبته حتى انقضت مدة الشفعة ففى المدونة فى الشفيع يكون حاضرا عند البيع ثم يغيب عشر سنين أو أكثر ان كان خروجه فى مدة لو قام فيها ثبتت له الشفعة وكان سفره سفرا يعلم أنه لا يرجع حتى ينقضى أمد الشفعة فقد بطلت شفعته وان كانت غيبته يرجع من مثلها قبل انقضاء أمد الغيبة فمنعه مانع فهو على شفعته بعد أن يحلف انه ما كان تاركا للشفعة وسواء أشهد عند خروجه أو لم يشهد ووجه ذلك انه خرج فى مدة كان له الأخذ بالشفعة الى سفر ينقضى قبل أمد الشفعة فكان بمنزلة الحاضر يترك الشفعة الى آخر أمدها فانه اذا قام فى بقية من أمد الشفعة كان له الأخذ بالشفعة فان عاقه من ذلك عائق أبقى له حق الشفعة لانها انما تنقطع بعدم العوائق ولذلك لم يحتج أن يشهد عند سفره انه باق على شفعته لأن بقاء المدة يشهد له بذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كان الشفيع حاضرا والمشترى غائبا ففى المجموعة لأشهب سواء غاب بعد الشراء أو اشتراها فى غيبته أو اشتراها له وكيل فالشفعة ثابتة وان طالت غيبة المشترى قال ولو قام بشفعته حكم له بها فان لم يقم لم يضره تأخيره لعذره لتجشم الخصومة فان كتابة عهدته عليه أبحضرته حسن (مسئلة) ولو كان الوكيل يبنى ويهدم ويكرى بحضرة الشفيع لم يقطع ذلك شفعته ما لم يكن وكيلا على دفع الشفعة عن المشترى قاله أشهب وقال ابن ميسر اذا كان الوكيل يبنى ويهدم بحضرة الشفيع فلا بد أن يلى ذلك معه يريد لشركته فى ذلك قال وهذا يقطع شفعته قال ولو لم يل ذلك معه وقامت بينة أنه علم بذلك وهو حاضر فلا شفعة له اذا مضى من المدة ما تنقطع اليه الشفعة (فصل) فاذا قلنا ان السنة قريب ولا تقطع الشفعة فهل يجب عليه يمين انه لم يسكت هذه المدة لأنه تارك للشفعة روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية يحلف ان قام بعد ستة أشهر وفى الموازية عن مالك يحلف بعد سبعة أشهر أو خمسة ولا يحلف بعد شهرين فعلى هذا المدة على أضرب منها ما يقصر كالشهرين وما كان له حكمهما فهذا يأخذ بالشفعة دون يمين وما هو أطول منها كالسبعة أشهر وما كان له حكمها فهذا يأخذ بالشفعة بعد أن يحلف وطويل المدة ما زاد على السنة فى رواية أشهب فهذا تنقطع فيه الشفعة (مسئلة) وهذا ان علم بالشراء وثبت ذلك عليه ببينة أو اقراره وان أنكر العلم به وهو مقيم بالبلد فقد قال ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه مصدق ولو بعد أربعة أعوام قال ابن المواز وان الاربعة لكثير ولا يصدق فى أكثر منها ص ﴿قال مالك فى الرجل يورث الارض نفرا من ولده ثم يولد لأحد النفر ثم يهلك الاب فيبيع أحد ولد الميت حقه فى تلك الارض فان أخا البائع أحق بشفعته من عمومته شركاء أبيه * قال مالك وهذا الامر عندنا﴾ ش وهذا على ما قال ان الاخوة اذا ورثوا أرضا فيتوفى أحدهم عن ولد ورثوه ثم باع أحد الولد نصيبه فان اخوة البائع أحق بشفعته مما باع من أعمامه لأن شركتهم أخص فتختص بمضرة الشركة وتبعيض السهام وبسبب ازالة الضرر من القسمة فكانت الشفعة بينهم أولى وقد قال ابن المواز المشترى والوارث فى الشفعة سواء *وقال مالك فى المجموعة والعتبية ليس المشترى كالورثة ولا العصبة كأهل السهام المفروضة فيحتمل

* قال مالك فى الرجل يورث الأرض نفرا من ولده ثم يولد لاحد النفر ثم يهلك الاب فيبيع أحد ولد الميت حقه فى تلك الارض فان أخا البائع أحق بشفعته من عمومته شركاء أبيه * قال مالك وهذا الامر عندنا

القول الذى فى كتاب محمد المخالف لرواية العتبية ويحتمل ان يريد ان الوارث الواحد يشارك
المشترى انه بمنزلته فى الشفعة ورواية العتبية فى جماعة ورثة يرثون أباهم ان بعضهم أحق بشفعته فيما
باعه اشراكهم من الورثة لما قدمناه (مسئلة) والورثة على ضربين أهل سهم وغير أهل سهم
فأما أهل السهم كالجدتين تشتركان فى السدس والاخوات الشقائق والاخوات للاب يشتركن
فى الثلثين والاخوة للام يشتركون فى الثلث والزوجات يشتركن فى الربع أو الثمن فقد قال مالك
فى الموازية والمجموعة أهل السهم أحق بشفعة ما باع أهل سهمه من سائر الورثة فان تركوا الشفعة
فأهل الميراث أحق من الشركاء الذين لا يشاركون بذلك الميراث فان سلم أهل الميراث فسائر الشركاء
أحق بالشفعة قال ولم يختلف فيه أصحاب مالك المغيرة وغيره الا ابن دينار (مسئلة) فان كان مع
أهل السهام عصبة فباع أحد العصبة فقد قال ابن القاسم الشفعة لأهل السهام والعصبة قاله مالك
وأصحابه الا أشهب فانه قال الشفعة لسائر الورثة دون أهل السهام وجه القول الاول ان آحاد
العصبة مشاركون لجملة أهل السهم فلذلك كان أهل السهم بمنزلتهم فى حقوقهم وآحاد أهل السهم لا
يشاركون العصبة وانما يشاركونهم بالجملة لأن حقوقهم متقدمة وقد تساووا فى ذلك ووجه آخر وهو
ان معنى التعصيب فى هذا الموضع الوراثة لا مزية عليه ولذلك لا تتقرر سهامهم ولا تختص بسهم ما
وحق أهل السهم التقديم على العصبة بذلك السهم ولذلك يضربون به عند العول والعصبة يسقطون
عند العول فكل حق للعصبة شاركهم فيه أهل السهم بذلك وحقوق أهل السهم مقصورة عليهم
لاختصاصهم بالسهم وحقوقه (مسئلة) ومن أوصى لهم بثلث أو بسهم فباع أحدهم فان شركاءه
أحق بالشفعة من الورثة قاله أشهب فى الموازية وقاله ابن عبد الحكم وقال ابن القاسم للورثة
الدخول معهم وهذا على ما تقدم من حكم الوصية مع أهل السهام ص ﴿ قال مالك الشفعة بين
الشركاء على قدر حصصهم يأخذ كل انسان منهم بقدر نصيبه ان كان قليلا فقليلا وان كان كثيرا فبقدره
وذلك اذا تشاحوا فيها * قال مالك فاما أن يشترى رجل من رجل من شركائه حقه فيقول أحد
الشركاء أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتى ويقول المشترى ان شئت ان تأخذ الشفعة كلها أسلمتها
اليك وان شئت ان تدع فدع فان المشترى اذا خيره فى هذا وأسلمه اليه فليس للشفيع الا أن يأخذ
الشفعة كلها أو يسلمها اليه فان أخذها فهو أحق بها والا فلا شئ له ﴾ ش وهذا على حسب
ما قال ان الشفعة بين الشركاء على قدر مالهم من الانصباء فى المال المبيع بعضه وليست الشفعة على
عدد الشركاء قال ابن المواز وقاله على بن أبى طالب قال أشهب لأن الشفعة انما وجبت لشركتهم
لا لعددهم فوجب تفاضلهم فيها بتفاضل الشركة قال محمد كعتق رجلين نصيبهما فى عبد فالتقويم
عليهما بقدر نصيب كل واحد منهما * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى معنى قول مالك له
من الشفعة بقدر نصيبه ان كان قليلا فقليلا وان كان كثيرا فبقدره وذلك اذا تشاحوا فيه يقتضى انهم
ان لم يتشاحوا جاز لهم أن يأخذوا الشفعة على غير هذا وان لم يعط القليل النصيب من ذلك مثل
ما يعطى من كثر نصيبه أو أكثر وقد حكى القاضى أبو محمد لا تجوز هبة الشفعة ولا بيعها والمشترى
للشقص أحق بذلك ممن وهبه اياها الشفيع أو باعها منه (فرق) والفرق بينه وبين هذه المسئلة ان
الموهوب له لا حق له فى الشفعة والشفيع الذى أعطى أكثر من حقه منها له حق فى الشفعة وانما
صار له نصيبه بالمشاحة ممن يستحق بذلك استحقاقه ولو ترك جميعهم الشفعة لكان له أن يأخذ جميعها
فلذلك جاز أن يهبه شريكه بعض الشفعة أو جميعها لانه فى معنى تركه الأخذ بها

* قال مالك الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم يأخذ كل انسان منهم بقدر نصيبه ان كان قليلا فقليلا وان كان كثيرا فبقدره وذلك ان تشاحوا فيها * قال مالك فاما أن يشترى رجل من رجل من شركائه حقه فيقول أحد الشركاء أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتى ويقول المشترى ان شئت أن تأخذ الشفعة كلها أسلمتها اليك وان شئت أن تدع فدع فان المشترى اذا خيره فى هذا وأسلمه اليه فليس للشفيع الا أن يأخذ الشفعة كلها أو يسلمها اليه فان أخذها فهو أحق بها والا فلا شئ له

(فصل) وقوله فاما ان يشتري رجل من رجل من شركائه فيقول أحد الشركاء أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري اما أن تأخذ الكل أو تدع الشفعة فليس للشريك الا ذلك يحتمل أن يريد بقوله فيشتري رجل من رجل من شركائه ان رجلا أجنبيا اشترى من رجل من شركاء المالك فنسبه اليه بمعنى الملك كما يقول صاحبه وماله ويحتمل أن يريد به ان رجلا من الشركاء اشترى من رجل من شركائه فيكون الضمير من شركائه عائدا الى المشتري فان كان المشتري من غير الشركاء فاراد رجل من جملة الشركاء أن يأخذ بقدر حصته من الشفعة فقال المشتري اما أن تأخذ الجميع أو تدع الجميع فلا يخلو أن يكون سائر الشركاء غائبا أو حضورا فان كانوا حضورا وأبوا الأخذ لم يكن للشفيع الا أن يأخذ الجميع أو يترك فان ترك فلا رجوع له في الشفعة فان أخذ لم يكن لاحد من الشركاء بعد الترك الدخول معه ووجه ذلك ان الاخذ بالشفعة عقد لازم والترك لما سقط لخيار الشفعة على وجه اللزوم فاذا انعقد ذلك على أحد الوجهين فقد لزم في الجهتين فلا رجوع لاحدهما فيه (فرع) ولو أراد الشفيع أخذ الجميع لم يكن للمشتري منعه من أخذ الجميع قاله في المدونة ووجه ذلك أن الشفعة مبنية على المنع من التبعيض فكما ليس للشفيع أن يبعضها على المشتري كذلك ليس للمشتري تبعيضها على الشفيع وروى ابن حبيب عن أصبغ ان كان المسلم للشفعة سلمها على وجه الهبة للمبتاع فليس للشفيع الاقدر سهمه وللمبتاع سهم المسلمين وان كان تسليمه على وجه كراهية الاخذ فللشفيع أخذ الجميع فان أبى فلا شفعة له وقد تقدم انه لا تجوز هبة الشفعة لكنه انما تجوز هبتها لمن له حق في ملكها كالمشتري واذا تركها الشفيع ولم يهبها فان للشفيع الاخذ بالشفعة فقدم عليه والله أعلم (مسئلة) وان كان اشراكه غيبا لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصة أشراكه الغيب حتى يقدموا وليأخذ الآن الكل أو يترك فان ترك فلا دخول له مع أصحابه اذا قدموا وأخذوا الشفعة فان قدم واحد ممن غاب قيل له خذ الجميع أو اترك الجميع ولو أخذ الحاضر الجميع فمن قدم دخل معه في الشفعة ان أراد ذلك على قدر حصتهما كما لو لم يكن شريك غيرهما قاله ابن القاسم في المدونة وقاله أشهب في غيرها (مسئلة) وأما ان كان المشتري أحد الشركاء فاراد أحد شركائه أن يأخذ الشفعة وسلمها سائرهم وقال الشفيع انك شفيع معي فأنا أترك لك بقدر حصتك من الشفعة فلم أر فيه نصا الا ما تحتمل هذه المسئلة من التأويل * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والذي عندي ان للمشتري أن يلزم الشفيع بأخذ الكل أو الترك وليس للشفيع الا ذلك لان المشتري أكثر ما فيه انه شفيع تارك فان أراد الاخذ بالشفعة أخذ الكل والا بطلت الشفعة وهي عند المشتري بالشراء لا بالشفعة والله أعلم وأحكم ص * قال مالك في الرجل يشتري الأرض فيعمرها بالأصل يضعه فيها أو البئر يحفرها ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقا فيريد أن يأخذها بالشفعة انه لا شفعة له فيها الا أن يعطيه قيمة ما عمر فان أعطاه قيمة ما عمر كان أحق بالشفعة والا فلا حق له فيها * ش وهذا على ما قال ان المشتري اذا اشترى الأرض فعمرها فان عمارته لها تكون على وجهين أحدهما بالغرس والبناء وماله أصل ثابت والثاني ما ليس له أصل ثابت من الزراعة والحرث والاصلاح فأما ما كانت عمارته بما له أصل ثابت فان الشفيع لا شفعة له الا أن يعطيه قيمة ما عمر قاله مالك في الموازية والمجموعة وغيرها ووجه ذلك انه عمر بوجه حق لانه عمر في ملكه فلم يكن للشفيع أن يأمره بالقطع ولا يكون له أن يأخذ الأرض بالشفعة ويشاركه المشتري بالعمارة لان ذلك ازدياد من ضرورة الشركة التي شرعت الشفعة لنفيها وتصور هذه المسئلة بأن يكون المشتري

* قال مالك في الرجل يشتري الارض فيعمرها بالأصل يضعه فيها أو البئر يحفرها ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقا فيريد أن يأخذها بالشفعة انه لا شفعة له فيها الا أن يعطيه قيمة ما عمر فان أعطاه قيمة ما عمر كان أحق بالشفعة والا فلا حق له فيها

اشترى الأرض كلها فعمرفيها وهو يعتقد انها له فاستحق رجل منها حصة وأراد أخذ الباقى بالشفعة وهذا معنى قول مالك ان المشترى اشترى الأرض ثم أتى رجل بعد ان عمرفأ درك فيها حقا يريد والله أعلم استحق منها جزأ أوأراد بقوله أن يأخذها بالشفعة انه أراد أن يملك جميعها وأما من اشترى شقصا من أرض فبنى فيها ثم قام الشفيع فان العمارة تقوم مطروحة نقضا فان شاء الشفيع أخذ ذلك بقيمته منقوضا والا أمره بقلعه قاله مالك فى المجموعة ووجه ذلك انه متعد بالبنيان (فرع) فاذا قلنا لا يأخذ بالشفعة حتى يعطيه قيمة ما غرس فقد روى أشهب عن مالك فى الموازية انما له قيمة ذلك يوم الأخذ بالشفعة لانه قد يهدم قبل ذلك ويبنى ويغرس وقال أشهب وقال بعض الناس للغارس ما أنفق وليس بصواب وقد ينفق فى غراس وحفر عيون الماء الكثير ولا ينبت منه الا اليسير قال ابن المواز ونحوه قال ابن القاسم وعبد الملك

(فصل) وقوله ثم يأتى رجل فيدرك فيها حقا يريد يستحق منها جزأ وهذا الجزء الذى استحقه وقد بنى فيه المشترى فانه ليس له أخذه حتى يدفع الى المشترى قدر حصة ذلك الجزء من البناء لما قدمناه من انه بنى بوجه حق فليس له أن يأمره بقلعه لانه اتلاف لما بنى وغرس فان أبى المستحق من أن يدفع الى المشترى قيمة ما بنى قيل للمشترى ادفع اليه قيمة أرضه دون العمارة المذكورة من الغرس والبناء فان أبى كانا شريكين المستحق بقيمة أرضه والمشترى بقيمة بنائه أو غرسه وهذا المشهور من المذهب وقد تقدم ذكر الخلاف فى احياء الموات ووجه ذلك ما قدمناه من تعلق حق كل واحد منهما بحق الآخر على وجه لا يمكن ازالته منه الا بالضرر وقدم مالك الارض لان ملكه أقدم ولان الأرض أثبت فى الأصول الثابتة من البناء والشجر فاذا أبى لم يجبر على شراء ما لا يريد شراءه وعرض على الآخر أن يدفع اليه قيمة أرضه فان أجاب الى ذلك وامتنع منه صاحب الأرض أجبر على ذلك لضعف جنبته من الاباية عن تخليص الملك فان أبى المشترى أيضا شرك بينهما لان هذا الحكم مبنى على أن يجبر فيه على البيع اذا دعا اليه الآخر ولا يجبر على الشراء من أباه فلم يبق الا التشريك بينهما (فرع) فان دفع المشترى الى المستحق قيمة أرضه وأراد المستحق أخذ بقية الأرض بالشفعة ففى المجموعة عن أشهب انه اختلف قول مالك فيه قال أشهب ولست أراه ووجه نفى الشفعة ما احتج به أشهب من انه لم يأخذ بالشفعة حتى أخذ قيمة شقصه ومعنى ذلك ان الشفعة انما ثبتت لنفى الضرر وقد خرج عن الشقص الذى كان يستحق الشفعة قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة له ووجه القول الثانى ان الشفعة قد ثبتت له بشراء المشترى وقد تقدم ملكه فبيعه بعد ذلك لا يسقط حقه من الشفعة وانما يعتبر فى الأخذ بالشفعة بوقت وجوبها وهو وقت شراء المشترى ويجىء على القول الاول أن الاعتبار بوقت الأخذ دون وقت الوجوب فان بيعه لحصته التى بها يستحق الشفعة ترك لشفعته لان الشفعة انما ثبتت لازالة الضرر فاذا باع حصته من الملك لم يبق ما يأخذ بالشفعة لنفى الضرر عنه فكان بيعه لحصته يقتضى ترك الأخذ بالشفعة والله أعلم وأحكم (فرع) فان أبى المشترى من دفع قيمة الأرض ورجعا الى الشركة فان كانت قيمة الأرض مثل قيمة البناء فهما شريكان بنصفين وهل تثبت بينهما الشفعة قال أشهب ففى المجموعة لا شفعة له فى النصف الآخر وقال فى كتاب الغصب لابن المواز تكون له الشفعة بما أحدث فيه من البناء فيكون له نصفه أيضا بربع ثمن الدار وربع قيمة البناء بعد أن يحتسب على المشترى بربع قيمة النقض الذى هدم منقوضا ص ﴿ قال مالك من باع حصته من أرض أودار مشتركة فلما علم ان صاحب الشفعة يأخذ بالشفعة استقال المشترى فأقاله قال ليس ذلك له والشفيع

* قال مالك من باع حصته من أرض أودار مشتركة فلما علم أن صاحب الشفعة يأخذ بالشفعة استقال المشترى فاقاله قال ليس ذلك له والشفيع

أحق بها بالثمن الذى كان باعها به ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ومعنى ذلك أن الاقالة لا تمنع الأخذ بالشفعة لان حق الشفيع قد وجب فى الشقص المشترى وأثبت له الخيار فى أخذه أو تركه فلم يكن للمشترى والبائع أن يسقطا حقه منه بالاقالة ولا بغيرها ولا خلاف ان للشفيع أن يأخذ بالبيع الاول وهل له أن يأخذ بالاقالة وتكون عهدته على المشترى أم لا مبنى على اختلاف قولهم فى الاقالة هى بيع حادث أم نقض بيع فاذا قلنا انها نقض بيع لم يكن له أن يأخذ بالاقالة وانما له أن يأخذ بالبيع الاول وتبطل الاقالة لما كانت مبطلة لحق الشفيع بعد وجوبه وله ولذلك قال مالك ولو سلم الشفعة صحت الاقالة وهو الذى قاله مالك فى الموازية والمجموعة قال أشهب وهذا استحسان وقال مطرف وابن الماجشون فى الواضحة ان رأى أن الاقالة كانت لقطع الشفعة فهى باطل وللشفيع الشفعة ثابتة وان رأى أنها على الصحة صحت الاقالة وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء واذا قلنا انها بيع حادث وهو الذى ذكره القاضى أبو محمد فان له أن يأخذ بالبيع الاول أو بالاقالة فتكون عهدته ان شاء على البائع وان شاء على المشترى مع التساوى فى الثمن ولو كانت الاقالة بأقل من الثمن الاول أو أكثر فهو بيع حادث ولا خلاف فيه فله أن يأخذ بالاول أو الثانى أيهما شاء (مسئلة) وهذا اذا كانت الاقالة قبل تسليم الشفعة فان كانت بعد تسليم الشفعة ففى الموازية والواضحة لأشهب ومطرف وابن الماجشون فان للشفيع أن يأخذ بعهدة الاقالة وكذلك الشفعة فى الشركة والتولية ووجه ذلك أن الاقالة بعد تسليم الشفعة بيع حادث فكان له أن يأخذ بالشفعة وان كان قد سلمها قبل الاقالة كمن باع شريكه فسلم الشفعة ثم باع المشترى فان له أن يأخذ بالشفعة بالبيع الثانى والله أعلم

ص ﴿ قال مالك من اشترى شقصا فى دار أو أرض وحيوانا وعروضا فى صفقة واحدة فطلب الشفيع شفعته فى الدار أو الأرض فقال المشترى خذ ما اشتريت جميعا فانى انما اشتريته جميعا قال مالك بل يأخذ الشفيع شفعته فى الدار أو الأرض بحصتها من ذلك الثمن يقام كل شئ اشتراه من ذلك على حدته على الثمن الذى اشتراه به ثم يأخذ الشفيع شفعته بالذى يصيبها من القيمة من رأس الثمن ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيأ الا أن يشاء ذلك ﴾ ش معنى ذلك والله أعلم ان من اشترى شقصا من دار أو أرض مما فيه الشفعة ومعه فى الصفقة ما لا شفعة فيه من الحيوان وغيره من العروض فلا يخلو أن يكون ذلك من ذلك الحائط كعبيده العاملين فيه ودوابه وآلته أو يكون مما لا تعلق له به فان كان من آلته ففى المجموعة عن سحنون ان ما بيع مع الحائط من آلته ورقيقه أن فيه الشفعة لان صلاح الحائط لا يتم الا به كالعين تباع مع الارض وفى الموازية والدواب والرقيق والآلة انه كبعضه يريد ان الشفعة فيه على وجه التبع للحائط قال الا أن يكون انما أضيف اليه يوم الصفقة وقد كان أخرج منه قبل ذلك فلا شفعة فيه فهذا على ما قال وانما يكون له حكم التبع اذا كان قد أثر فى الحائط عمله أو العمل به فأما ما لم يعمل به بعد فى الحائط ولم يكن فيه تأثير فلا يكون صفة من صفات الحائط على ما تقدم فى المساقاة وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما ان كان غير متعلق بالمبيع ولا تبعا له مثل أن يبيع شقصا وثوبا بثمن فان الثمن يفض على الشقص والثوب وما أصاب الشقص فهو ثمنه وبه يأخذ الشفيع ان شاء وما أصاب الثوب فهو ثمنه ويبقى للمشترى قال فى كتاب ابن المواز ولو استوجب الشقص قبل المعرفة بما يقع عليه من الثمن لم يجز ومعنى ذلك أن يستوجبه على أنه عليه بما يصيبه من القيمة دون خيار له عند معرفة القيمة فذلك غير جائز واما أن يستوجبه على أنى قد أخذت بالشفعة وان لم يعلم الثمن فلذلك تأثير عندى فى طول أمد الشفعة ولا يقال فيه انه غير جائز

أحق بها بالثمن الذى كان باعها به * قال مالك من اشترى شقصا فى دار أو أرض وحيوانا وعروضا فى صفقة واحدة فطلب الشفيع شفعته فى الدار أو الارض فقال المشترى خذ ما اشتريت جميعا فانى انما اشتريته جميعا * قال مالك بل يأخذ الشفيع شفعته فى الدار أو الأرض بحصتها من ذلك الثمن يقام كل شئ اشتراه من ذلك على حدته على الثمن الذى اشتراه به ثم يأخذ الشفيع شفعته بالذى يصيبها من القيمة من رأس الثمن ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيأ الا أن يشاء ذلك

لانه على حسب ما كان عليه من الخيار اذا عرف الثمن (مسئلة) ولو باع شقصا وقمحا بدنانير فلابد من تقويم الشقص والقمح قاله فى الموازية مالك وابن القاسم وأشهب ووجه ذلك انه اذا اشتملت الصفقة عليهما فلا سبيل الى معرفة حصة الشقص الا بمعرفة قيمة الشقص وقيمة القمح فيفض الثمن عليهما ولو باع منه شقصا أو مائة درهم بدينار فلابد أيضا من تقويم الدراهم والشقص قال محمد وهذا على قول أشهب بجواز الصرف والبيع معا

(فصل) وقوله ولو قال المشترى خذ ما اشتريت جميعا فانى انما اشتريته جميعا فانه انما يأخذ ما فيه الشفعة يريد انه لا يلزم ذلك الشفيع ولو اتفقا على ذلك لجاز وكان بيعا مستأنفا ولذلك قال مالك ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيأ الا أن يشاء ذلك ص ﴿ قال مالك ومن باع شقصا من أرض مشتركة فسلم بعض من له فيها الشفعة للبائع وأبى بعضهم الا أن يأخذ بشفعته ان من أبى أن يسلم يأخذ بالشفعة كلها وليس له أن يأخذ بقدر حقه ويترك ما بقى ﴾ ش معنى ذلك ان بعض الشفعاء اذا سلم الشفعة وأراد بعضهم الأخذ بها فان أراد أن يأخذ جميعها لم يكن للمشترى أن يمنعه من ذلك لانه شفيع فلا تتبعض عليه الشفعة للمشترى كما لو انفرد (مسئلة) فان أراد أن يأخذ بقدر حصته فلا يخلو أن يسوغه ذلك المشترى أو يمنعه منه فان سوغه ذلك جاز لان الحق فى استيعاب الشفعة انما هو حق لهما وغير خارج عنهما فاذا رضيا بترك ذلك جاز كالبيع وان أبى المشترى من ذلك فعلى ما قال فى الأصل لم يكن للشفيع الا أن يأخذ الجميع أو يترك الأخذ بالشفعة لما على المشترى فى أخذ الشفيع بعض ما اشتراه من الشقص من الضرر بتبعيض صفقته وأخذ بعضها والزامه سائرها ص ﴿ قال مالك فى نفر شركاء فى دار واحدة فباع أحدهم حصته وشركاؤه غيب كلهم الا رجلا فعرض على الحاضر أن يأخذ بالشفعة أو يترك فقال أنا آخذ بحصتى وأترك حصص شركائى حتى يقدموا فان أخذوا فذلك وان تركوا أخذت جميع الشفعة * قال مالك ليس له الا أن يأخذ ذلك كله أو يترك فان جاء شركاؤه أخذوا منه أو تركوا ان شاؤا فاذا عرض هذا عليه فلم يقبله فلا أرى له شفعة ﴾ ش قوله فى نفر شركاء فى دار واحدة وصف البيع بأنه من دار واحدة على سبيل التمثيل والتقريب ولا فرق بين الدار الواحدة فى ذلك والدور الكثيرة ولو باع رجل حصته من ثلاثة دور لكان الشفيع انما يأخذ ما اشتراه فى الثلاث الدور أو يترك الكل وليس له أن يأخذ ما اشتراه من احدى الدور ويترك ما اشتراه من سائرها اذا كان شريكه فى جميعها وكان المشترى اشترى ذلك فى صفقة واحدة قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة ووجه ذلك ما قدمناه من مضرة تبعيض الصفقة ألا ترى ان من اشترى أرضا ثم استحق الكثير منها فان له رد سائرها الضرر الشركة الطارئة بالاستحقاق (مسئلة) ومن اشترى من رجلين شقصا من دارين وشفيعهما واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ حظ البائعين دون الآخر قاله مالك فى المدونة وقاله فى غيرها ابن القاسم وأشهب وغيره ووجهه انه تبعيض بصفقة المشترى فلم يكن ذلك للشفيع كما لو اشترى من واحد (مسئلة) ولو اشترى ثلاثة رجال من ثلاثة رجال دارا أو أرضا ونخلا وشفيع ذلك كله رجل واحد ففى المدونة لابن القاسم انما له أن يأخذ ذلك كله أو يترك سواء اشترى ثلاثة من ثلاثة أو ثلاثة من واحد أو واحد من ثلاثة اذا كان فى صفقة فأما شراء واحد من ثلاثة فظاهر وأما الشفعة فيما اشترى ثلاثة من ثلاثة أو ثلاثة من واحد فان كان ذلك على الاشاعة بينهم فبين أيضا وقد أشار أشهب فى الموازية والمجموعة الى أن هذا معنى المسئلة وقال ان له أخذ حصة أحدهم دون الباقين وان كان اشترى كل واحد منهم حظ رجل انفرد

قال مالك ومن باع شقصا من أرض مشتركة فسلم بعض من له فيها الشفعة للبائع وأبى بعضهم الا أن يأخذ بشفعته ان من أبى أن يسلم يأخذ بالشفعة كلها وليس له أن يأخذ بقدر حقه ويترك ما بقى * قال مالك فى نفر شركاء فى دار واحدة فباع أحدهم حصته وشركاؤه غيب كلهم الا رجلا فعرض على الحاضر أن يأخذ بالشفعة أو يترك فقال أنا آخذ بحصتى وأترك حصص شركائى حتى يقدموا فان أخذوا فذلك وان تركوا أخذت جميع الشفعة * قال مالك ليس له الا أن يأخذ ذلك كله أو يترك فان جاء شركاؤه أخذوا منه أو تركوا ان شاؤا فاذا عرض هذا عليه فلم يقبله فلا أرى له شفعة

به فا أعلم وجه الصفقة لذلك ولا يظهر عندى فيه وجه لثبوت الشفعة لانه ليس فيه تبعيض لصفقة أحدهم والله أعلم وأحكم وقد قال ابن القاسم فى الموازية وغيرها فى الرجلين يشتريان حصة رجل من أرض ليس للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لماذكرناه من اشتراكهما فى المبيع والصفقة وقد قال أشهب له أن يأخذ حصة أحدهما قال محمد هو أحب الينا وقاله سحنون (مسئلة) ولو بعت حظا من دارين من رجل واحد ولكل حظ شفيع فلكل واحد منهما أخذ ما هو شفيع فيه دون ما لا شفعة فيه بفض الثمن بينهما ثم يأخذ بالشفعة ولو أخذ بالشفعة قبل معرفة ما يصيب ما يأخذه من الثمن لكان أخذه باطلا قاله ابن القاسم وأشهب ووجه ذلك انه انفاذ البيع بثمن مجهول وذلك غير جائز ومعنى ذلك عندى على مذهب من يرى الشفعة بيعا ان ينفذ الأخذ بالشفعة فيلزم الشفيع والمشترى وأما قول الشفيع قد أخذت بالشفعة ولم يعرف الثمن فانه ليس بأخذ لازم له وله الخيار اذا عرف الثمن ولكن له تأثير فى أخذ الشفعة والله أعلم وأحكم

﴿ مالا تقع فيه الشفعة ﴾

* قال يحيى قال مالك عن محمد بن عمارة عن أبى بكر بن حزم أن عثمان بن عفان قال اذا وقعت الحدود فى الأرض فلا شفعة فيها ولا شفعة فى بئر ولا فى فحل النخل * قال مالك وعلى هذا الأمر عندنا * قال مالك ولا شفعة فى طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح * قال مالك والأمر عندنا انه لا شفعة فى عرصة دار صلح القسم فيها أو لم يصلح

﴿ مالا تقع فيه الشفعة ﴾

ص ﴿ قال مالك عن محمد بن عمارة عن أبى بكر بن حزم ان عثمان بن عفان قال اذا وقعت الحدود فى الارض فلا شفعة فيها ولا شفعة فى بئر ولا فى فحل النخل * قال مالك وعلى هذا الامر عندنا * قال مالك ولا شفعة فى طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح * قال مالك والامر عندنا انه لا شفعة فى عرصة دار صلح القسم فيها أو لم يصلح ﴾ ش قوله واذا وقعت الحدود فى الارض فلا شفعة فيها على ما تقدم من انه لا شفعة للجار لأن الحدود اذا ميزت حق كل واحد منهم بالقسمة فقد خرجوا عن حكم الشركة الى حكم المجاورة والحديث الذى ورد ان الجار أحق بصقبه لأنه محمول على الشريك بدليل قوله صلى الله عليه وسلم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة وهذا واضح فى ذلك

(فصل) وقوله ولا شفعة فى بئر يريد والله أعلم بئرا لا أرض لها مشاعة ولا يقسم ماؤها وانما هى من آبار الشفة أو آبار سقى الارض الا ان الارض قد بيعت دونها أو قسمت وفى المدونة عن مالك فيمن قاسم شريكه الأرض والنخل ثم باعه نصيبه من العين فلا شفعة فيه ولو لم يقاسمه النخل والأرض حتى باع نصيبه من العين لكان له الشفعة فيها ومعنى ذلك والله أعلم ان البئر والعين لما لم يكن فيهما شفعة بنفسهما فاذا كانت تبعا لما فيه الشفعة حتى تكون منفعتها مصروفة اليها وتكون صفة من صفاتها ثبتت فيها الشفعة واذا لم تكن تبعا لها فلا شفعة فيها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وآبار النخل وعيونها على ضربين منها ما يكون عددا يحتمل القسمة ومنها الواحدة التى لا تحتمل القسمة فأما ما يحتمل القسمة ففى المجموعة والموازية فى الأرض بين الرجلين لها بئران أو عينان فاقتسما البئرين أو العينين خاصة فباع أحدهما عينه أو بئره وحصة الأرض فان للشفيع الشفعة فى الأرض دون البئر بما يصيب الأرض من الثمن تقوم الأرض بلا بئر والبئر بلا أرض وقال فى كتاب محمد ولو باع البئر دون أرض فلا شفعة فيها ووجه ذلك ما قدمناه أن المبيع مقسوم فلا شفعة فيه وأما ان كانت بئرا واحدة فلا يصح فيها قسمة ولا شفعة فيها الا على قول من يرى الشفعة فى النخلة الواحدة والشجرة الواحدة ولم أر أحدا من أصحابنا صرح بذلك وان كان قياس ما قدمناه واتفقوا على انه ان كانت الأرض باقية على الاشاعة فالشفعة فيها وان أفردت بالبيع وان كانت أرضها مقسومة ولا أرض لها فلم يجعلوا الشفعة فيها لنفسها على هذا القول وانما جعلوا الشفعة فيها بسبب الأرض وصرف جميع منافعها اليها وعلى هذا كان

يجب أن لا تكون الشفعة في العدد الكثير فيما اذا لم يكن لها أرض وان احتمل القسمة واذا ثبتت الشفعة في الكثير فيها لأنها أصل ثابت وجبت الشفعة في كثيرها اذا انفردت عن الأرض وفي الواحدة منها وان انفردت على قول من يرى الشفعة في الشجرة الواحدة ولا يرى الشفعة فيها على قول ابن القاسم الا اذا اتصل بها من الأرض ما تجب فيه الشفعة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقد تكون العين الواحدة لا تحتمل رقبتها القسمة ويكون ماؤها يقسم بالقلد ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم عن مالك ان الشفعة في مائها وان لم يكن ملاكها شركاء في الأرض التي تسقى بتلك العين وأهل كل قلد يتشافعون بينهم دون اشراكهم وقال أشهب في المجموعة لا شفعة فيها اذا قسمت الارض وجه القول الأول ان هذا أصل ثابت يخرج منه عين من المنفعة مقصودة يتبع أصله بمجرد العقد فتثبت فيه الشفعة كالثمرة ووجه قول أشهب يجوز ان يكون على قول من لا يرى الشفعة في الثمرة ويحتمل أن لا يجعل العيون والآبار مما تثبت فيه الشفعة لان آحاده لا تحتمل القسمة كالأرض التي لا تحتمل القسمة وانما تثبت فيها الشفعة على وجه التبع اذا كانت من صفات الأرض على ما تقدم

(فصل) وقوله ولا شفعة في فحل النخل يريد والله أعلم أن تكون نخلة واحدة يحتاج اليها التلقيح الحائط فان كان الحائط مشتركا بين أرباب الفحل فحكمه حكم العين أو البئر لها أرض مشتركة وان لم يكن مع النخلة من الفحل حائط يلقح بها فحكمه حكم النخلة الواحدة وفي الموازية عن مالك اذا اقسم الحائط وبقي الفحل والفحلان ولا يقدر أن يقسم فليس ذلك شفعة وقال ابن القاسم في المدونة لا شفعة في النخلة الواحدة لأنها لا تنقسم ورواه ابن حبيب عن مطرف في الشجرة وقال ابن الماجشون فيها الشفعة لأنها من الأصول الثابتة وبه قال أشهب وأصبغ وذلك مبني على اثبات الشفعة فيما لا ينقسم من الأصول الثابتة كالدار الصغيرة وما أشبه ذلك

(فصل) وقول مالك لا شفعة في طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح وقد قال في الموازية لا شفعة في طريق ولا عرصة وان صلح فيها القسم ومعنى ذلك أن الطريق لا شفعة فيها لأنها مبنية على الاشتراك في المنافع على صورتها ولذلك لم يثبت فيها شفعة كمجرى الماء وقال مالك في المدونة لا أرى أن يقسم مجرى الماء وقال ابن القاسم لا يقسم الطريق اذا أبى ذلك أحدهم وهذا يقتضي معنى الشفعة فيه على حسب ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما عرصة الدار ففي الموازية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك اذا اقسمت البيوت وبقيت العرصة فلأحدهم بيع نصيبه من البيوت والعرصة ولا شفعة لشريكه في العرصة ووجه ذلك ما قدمناه من أن حكمها حكم الاشاعة وقد خرجت عن أن تكون تبعا للبيوت التي فيها الشفعة بقسمة البيوت ص ﴿ قال مالك في رجل اشترى شقصا من أرض مشتركة على أنه فيها بالخيار فأراد شركاء البائع أن يأخذوا ما باع شريكهم بالشفعة قبل أن يختار المشتري ان ذلك لا يكون لهم حتى يأخذ المشتري ويثبت له البيع فاذا وجب له البيع فلهم الشفعة ﴾ ش معنى ذلك أن البيع اذا كان على وجه اللزوم تثبت فيه الشفعة لانه قد كمل وانتقل به البيع الى ملك المبتاع واذا كان على وجه الخيار فالمبيع باق على ملك البائع فلا تثبت الشفعة مع بقائه على ملك البائع * قال مالك وسواء كان الخيار للبائع أو للمشتري قال ابن القاسم وأشهب وكذلك لو كان الخيار لاجنبي (مسئلة) ولو باع أحد الشركاء في مدة الخيار ففي الموازية من رواية أصبغ عن ابن القاسم ان من صار اليه الشقص ببيع الخيار له الشفعة

*قال مالك في رجل اشترى شقصا من أرض مشتركة على انه فيها بالخيار فأراد شركاء البائع أن يأخذوا ما باع شريكهم بالشفعة قبل أن يختار المشتري ان ذلك لا يكون لهم حتى يأخذ المشتري ويثبت له البيع فاذا وجب له البيع فلهم الشفعة

في بيع البتل سواء صار الى البائع أو المشتري ورواه ابن حبيب عن مطرف قال ابن المواز ذهب ابن القاسم الى أن الشفعة للبائع بالخيار في بيع البتل نفذ بيع الخيار أو رد وقاله أصبغ وقال أشهب الشفعة لمبتاع البتل فيما بيع بالخيار وجه قول ابن القاسم ان هذا مبني على أن البيع في مدة الخيار مراعى فان نفذ البيع علم أنه قد انتقل المبيع بعد البيع الى المشتري وان رد علم أنه كان باقيا على ملك البائع فبين بانفاذ البيع أو رده مستحق الشفعة في بيع البتل يوم العقد ووجه قول أصبغ انه مبني على أن المبيع باق في مدة الخيار على ملك البائع فهو أحق بالشفعة فان نفذ البيع بعد ذلك فانما هو بيع حاضر بعد وقوع البتل فالشفعة في بيع البتل للبائع كما لو تقدم فيه الخيار وباع حصته بعد البيع وأما قول أشهب فمبني على أن عقد الخيار قد منع البائع الشفعة لعقده في حصته عقد بيع البتل فلا شفعة له فاذا نفذ البيع بعد انقضاء مدة الخيار كان لمشتري البتل الشفعة فيما أنفذ بعد ذلك من بيع الخيار (مسئلة) ولو سلم الشفيع شفعته في مدة الخيار لم تبطل شفعته وكان له الأخذ بها اذا تم البيع من كتاب ابن المواز وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون اذا ترك البائع بالخيار الأخذ بالشفعة فالشفعة لمشتري البتل فيما بيع بالخيار لان بيع الخيار انما يثبت يوم يختار وقاله أشهب فتحمل رواية ابن المواز على أن الشفيع في بيع الخيار ليس له الأخذ ولا التسليم قبل لزوم العقد ومعنى قول ابن الماجشون أن البائع بالخيار ترك الأخذ بالشفعة التي وجبت له بالبيع البتل مع بقاء ما باعه بالخيار على ملكه فاذا سلمه قبل لزوم بيع الخيار أو بعده فعقد المبتاع بالبتل قبل لزوم بيع الخيار فله أن يأخذ بالشفعة ما لزم ونفذ فيه البيع بعده والله أعلم وقد اختلف مالك في أصل بنى عليه هذه المسئلة وهو فيمن وجبت له شفعة فباع نصيبه من ذلك الملك ففي كتاب ابن حبيب عن أشهب انه اختلف في ذلك قول مالك قال وأحب الي أن لا شفعة له بعد بيعه وقال أحمد بن ميسر لا شفعة له بعد أن باع الا أن يبقى له بقية أخرى لان أصل الشفعة لما يدخل من الضرر من تضييق الواسع وخراب العامر وهذا ليس له شئ يلحقه ذلك فيه وما أظهره من علة الشفعة ليس بشئ لان مثل هذا يلحق بالشركة فيما ينقل ويحول ولا شفعة فيه وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية اذا باع ولم يعلم بشفعته فله الشفعة وتكون عهدته على المبتاع وقال ابن المواز سواء باع من شريكه أو غيره ثبت ان وجبت له الشفعة فشفعته قائمة (مسئلة) ومن ابتاع شقصا فوجد به عيبا وأراد رده وأراد الشفيع أخذه وقال أنا أرضى بعيبه فللمبتاع رده ولا شفعة للشفيع قاله أشهب في المجموعة وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية فيمن ابتاع دارا فردها بعيب دلس فيه به ثم استحق نصفها بعد ان ردها فالشفعة له ان شاء من حساب جميع الثمن فوجه قول أشهب أن المبتاع يقول لا أرضى بأن يثبت علي عهدة معيب وقد ثبت لي خيار الرد فلا تثبت الشفعة له كالبيع بالخيار ووجه قول ابن القاسم انه بيع نقل المبيع من ملك البائع الى ملك المشتري فثبتت فيه الشفعة كما لو لم يجد به العيب (مسئلة) وهذا ان أراد أن يأخذ بالبيع دون الرد بالعيب فتكون عهدته على المشتري ولو أراد أن يأخذ بالرد بالعيب فتكون عهدته على البائع فأما من قال من أصحابنا ان الرد بالعيب نقض للبيع من أصل البيع أو نقض له من وقت الرد بالعيب فلا شفعة فيه والله أعلم (فرع) قال ابن المواز أجمع مالك وأصحابه أن عهدة الشفيع على المشتري قال القاضي أبو محمد سواء أخذ بالشفعة قبل قبض المشتري الشقص أو بعده وقال ابن أبي ليلى العهدة على البائع على كل وجه وقال أبو حنيفة هي على من يؤخذ الشقص منه من بائع أو مشتر ووجه ذلك أن المبيع يحصل في ملك المشتري بنفس

العقد اللازم ومنه ضمانه قبل القبض وبعده فيجب أن تكون عهدة الشفيع عليه لان الملك انما ينتقل عنه اليه (مسئلة) واذا أفلس مبتاع الشقص فقال ابن القاسم الشفيع أحق به ويدفع الثمن الى البائع ووجه ذلك أن البائع لا يكون أحق بعين ماله الا مع عدم الثمن الذى له وقد تعلق حق الشفيع به بنفس ابتياع المفلس له فكان الشفيع أحق به واذا رجع الشقص الى بائعه فللشفيع الشفعة لانه بيع جديد قاله سحنون ووجه ذلك أن ارتجاع البائع لما باع عند فلس المفلس ينقل المبيع من ملك المشترى ويرده الى ملك البائع فكان ذلك تبعا له حكم المبيع وتثبت فيه الشفعة والله أعلم وأحكم ولو سلم الشقص وأراد محاصة الغرماء بالثمن فباعه الامام للغرماء ففى العتبية عن أشهب فيه الشفعة والله أعلم وأحكم ص ﴿قال مالك فى الرجل يشترى أرضا فتمكث فى يديه حينا ثم يأتى رجل فيدرك فيها حقا بميراث أن له الشفعة ان ثبت حقه وان ما أغلت الارض من غلة فهى للمشترى الأول الى يوم يثبت حق الآخر لانه قد كان ضمنها لو هلك ما كان فيها من غراس أو ذهب به سيل قال فان طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشترى أو هما حيان فنسى أصل البيع والاشتراء لطول الزمان فان الشفعة تنقطع ويأخذ حقه الذى ثبت له وان كان أمره على غير هذا الوجه فى حداثة العهد وقربه وانه يرى أن البائع غيب الثمن وأخفاه ليقطع بذلك حق صاحب الشفعة قومت الارض على قدر ما يرى انه ثمنها فيصير ثمنا الى ذلك ثم ينظر الى ما زاد فى الارض من بناء أو غراس أو عمارة فيكون على ما يكون عليه من ابتاع الارض بثمن معلوم يوم بنى فيها أو غرس ثم أخذها صاحب الشفعة بعد ذلك﴾ ش ومعنى هذا ان من اشترى أرضا ثم استحق رجل بعضها بميراث أو غيره من ابتياع أقدم من ابتياع المستحق من يده أو غير ذلك من وجوه الاستحقاق المتقدمة فان المستحق يقضى له بما استحق من الدار قال ويكون له أن يأخذ باقيها بالشفعة قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية ولو كان المبتاع قد رد ما بقى بيده من الدار الى البائع لما استحق منه نصفها لكان للشفيع الاخذ بالشفعة لا يقطع شفعته رد المبتاع الى ما بقى بيده الى البائع ووجه ذلك أن ملك المستحق أقدم من أمد البيع وقد نقل البيع ما بقى فيها الى ملك المبتاع فثبت بذلك حق الشفعة للشفيع فلا يبطلها ما ردها الى البائع كما لو أقاله من جميع الشقص المبيع

(فصل) وقوله ان ما أغلت الارض من غلة فهى للمشترى ووجه ذلك ان ذلك كان فى ملكه ومن ضمانه ولو تلف جميعها أو هلك ما فيها من غرس أو ذهب به سيل فوجب أن تكون الغلة له يريد ما كان له حكم الغلة مثل الثمرة وما لم يكن من جنس الاصل وأما ما كان من جنس الاصل مثل الودى فانه مثل ولد الحيوان فله حكمه فى الرد بالعيب والاستحقاق وقد تقدم حكم الثمرة لما أخذ بالشفعة وأما ما أخذ بالاستحقاق فان اشتراها المشترى ولا ثمر فيها لم يؤبر ثم استحقها وفيها ثمرة أبرت أو أزهت فهى له وعليه ما أنفق وسقى المشترى ما لم تفت بجداد أو يبس فلا شئ له فيها وهى للمبتاع ولو كانت الثمرة يوم اشتراها المشترى مزهية أو مأبورة فقد قال ابن المواز هى للمشترى كيف كانت ولو يبست أو جدها المشترى أو باعها أو أكلها الغرم المكيلة ان عرفها أو قيمتها (مسئلة) وأما ضمان ما تلف من النخل فان معنى ذلك انه لا يرجع بثمنه على البائع منه ولكن لو أراد المستحق أن يغرمه ثمن ذلك أو قيمته لم يكن له ذلك وسواء تلف ذلك بفعل المشترى أو بغير فعله ولو قلع النخل أو قطعها أو كانت دارا فهدمها لم يكن للمستحق الا أن يأخذها كما هى ولا يتبع المشترى بشئ مما هدم الا أن يكون النقض حاضرا فيأخذه أو يرجع على البائع بثمن ما استحق ووجه ذلك انه تصرف فى ملكه بما يجوز له فلم يكن

قال مالك فى الرجل يشترى أرضا فتمكث فى يديه حينا ثم يأتى رجل فيدرك فيها حقا بميراث ان له الشفعة ان ثبت حقه وان ما اغلت الأرض من غلة فهى للمشترى الأول الى يوم يثبت حق الآخر لانه قد كان ضمنها لو هلك ما كان فيها من غراس أو ذهب به سيل قال فان طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشترى أوهما حيان فنسى أصل البيع والاشترا لطول الزمان فان الشفعة تنقطع ويأخذ حقه الذى ثبت له وان كان أمره على غير هذا الوجه فى حداثة العهد وقربه وانه يرى أن البائع غيب الثمن وأخفاه ليقطع بذلك حق صاحب الشفعة قومت لأرض على قدر ما يرى انه ثمنها فيصير ثمنها الى ذلك ثم ينظر الى ما زاد فى الارض من بناء أو غراس أو عمارة فيكون على ما يكون عليه من ابتاع الارض بثمن معلوم يوم بنى فيها أو غرس ثم أخذها صاحب الشفعة بعد ذلك

عليه ضمان لسلامته من التعدى (مسئلة) ولو أن المشترى وهب بعض الدار أو النخل بعد أن قلعها لم يكن للمستحق أن يرجع بها عليه وانما يرجع بها ان شاء على الموهوب له فيأخذ منه النقض ان وجده عنده أو حصته من الثمن من البائع قاله أشهب وابن القاسم ووجه ذلك ماقدمناه ولو تعدى أجنبي فهدمها عند المبتاع ثم استحقت لكان للمستحق أن لا يتبع المتعدى لانه أتلف ماله على وجه التعدى فكان له أن يضمنه سواء علم انه له أو لم يعلم بذلك

(فصل) وقوله ولو طال الزمان أو هلك الشهود أومات البائع أو المشترى أو هما حيان فنسي أصل البيع لطول الزمان لبطلت الشفعة ولم يبطل الاستحقاق يريد ان لطول الزمان تأثيرا في ابطال الشفعة فاذا أتى من طول الزمان ماتبيد فيه الشهود وبادوا لم يجئ ذلك بالاشهاد على شهادتهم حتى لم يمكن اثبات ثمن المشترى فان الشفعة تبطل بثلاثة أوجه أحدها طول الزمان فان له تأثيرا في ابطال الشفعة ولذلك قلنا انه اذا مضى قدر سنة مع حضور الشفيع بطلت شفعته والثاني ان الظاهر تركه الطلب بها على وجه مايطلب بذلك ولم يصرف النظر الى ذلك حتى طال الزمان ومضت المدد التي لا يكاد يغير فيها ذو الحق عن النظر في الطلب لحقه فان الظاهر تركه للشفعة ولهذا أيضا تأثير في ابطال الشفعة ولهذا ثبتت فيما قرب من المدد دون مابعد منها والثالث انه ان لم يثبت الثمن وجهل فان له تأثيرا في ابطال الشفعة وقد روى عيسى عن ابن القاسم فيمن تصدق على أخت له بحصة من قرية وقال كنت اصبت من مورثها مالا أعلم قدره انه لا شفعة في ذلك لان الثمن لا يعرف قال سحنون لانه ليس ببيع ولا يعرفه المقر له ولا يطلبه ولو كان عن شئ يدعيه ويطلبه فصولح به لكان كالبيع تثبت فيه الشفعة بالقيمة وان لم يسم الثمن فاذا اجتمعت هذه الوجوه كان لها تأثير في ابطال الشفعة فعلى هذا لطول المدة أحوال منها أن تطول جدا حتى يأتي من المدة مايبيد فيها الشهود وينسى الثمن فهذا يبطل شفعة الغائب والحاضر وماهو أقصر من ذلك من المدة تبطل فيها شفعة الحاضر دون الغائب وهي على ماتقدم ومادون ذلك من المدة تجب اليمين فيها على الحاضر انه ماترك فيها القيام تركا للشفعته ويكون له الاخذ بالشفعة وماهو أقرب من ذلك له فيه الاخذ بالشفعة دون يمين

(فصل) وقوله وان كان أمده على غير ذلك ورأى ان البائع غيب الثمن ليقطع الشفعة فالشفعة ثابتة يريد أن اخفاء قدر الثمن وجنسه بمجرده لا يقطع الشفعة وانما يقطع ذلك اخفاء قدر الثمن وجنسه لطول المدة ولو كان الجهل بالثمن يبطل الشفعة لاتفق المتبايعان على كتمانه وبطلت الشفعة وثبت الضرر وهذا باطل باتفاق

(فصل) وقوله قومت على قدر مايرى انه ثمنها فيصير ذلك ثمنها يريد انه اذا أخفى المتبايعان الثمن فالشفعة ثابتة بقيمة الشقص لانه اذا لم يعرف العوض أو كان ممالا قيمة له فالشفعة تجب بقيمة الشقص وهذا حكم الشقص ينكح به أو يخالع به أو ماجرى مجرى ذلك فانه انما يأخذه الشفيع بقيمة ما كان عوضه لا قيمة له فكذلك اذا جهل ثمنه والله أعلم واحكم ص ﴿ قال مالك والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي فان خشي أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه فليس عليهم فيه شفعة ﴾ ش وهذا على ماقال ويحتمل قوله والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي أن يكون الميت قد خلف ورثة فباع بعضهم أو جميعهم فلسائر الورثة ان باع بعضهم أو لمن شركهم ان باع جميعهم الشفعة فعلى هذا يكون معنى قوله الشفعة ثابتة في مال الميت أي في المال الذي كان للميت وانتقل عنه بوراثة ويحتمل أن يريد أنه بقي على حكم الميت اما الدين لزمه يباع فيه ماله أو لوصية تعلقت

قال مالك والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي فان خشي أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه فليس عليهم فيه شفعة

به وقد قال في المجموعة في ميت لحقه دين فباع عليه الامام أرضه مزايدة فقال أحد الورثة بعد البيع أنا أؤدي من الدين بقدر ما علي" وآخذ بقية نصيب شركائي بالشفعة فان كان في بقية ما يباع من الأرض تمام ذلك فله ذلك والا فلا شفعة له * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي انه ان أوفى ثمن الأرض بالدين فان للورثة أن يقضوا دينه من أموالهم ويتمسكوا بالأرض فان سلمها بعضهم فمن تمسك بحظه منها له الشفعة فيما سلم سائر الورثة لانهم في الحقيقة بائعون وهو شريك لهم متمسك بحظه فله الشفعة فيما يبيع من سهام سائر الورثة وان قصر ثمن الارض عن الدين فليس للورثة أن يخرجوا قدر الثمن من أموالهم ويتمسكوا بالارض فانهم في ذلك كسائر الناس فان زادوا على ما أعطى غيرهم بالارض اشتروا الارض وان كان بعضهم زاد وامتنع بعضهم من ذلك فمن زاد منهم مشتر لا وارث فلا شفعة له مع من شركه من الشركاء من أجنبي أو وارث وان لم يزيدوا على ما أعطى غيرهم فمن أعطى أولا ذلك الثمن فهو أحق به والورثة والاجنبيون في ذلك سواء وقال أشهب في الموازية والمجموعة في المتوفى يحيط الدين بماله ليس للغرماء أخذ شفعته وللورثة أخذها فان أخذوها بمال الميت فللغرماء الثمن والفضل حتى يستوفوا حقوقهم فما بقي فللورثة فان أخذوها بمالهم فان كانت تساوي أكثر من الثمن بيعت وقضي بالفضل دينه وان لم تبلغ الا الثمن أو أقل لم تبع عليهم وقال ابن عبدوس عن سحنون لمالك فيها تفسير لم يقع عليه أشهب وكان يعجب به سحنون ويراه أصلا وقاله المغيرة قال سحنون قال مالك يبدأ بالورثة فيقال لهم ان قضيتم الدين فلكم الشفعة لان الميراث بعد الدين فان أبوا وبيع ميراث الميت لدين فلا شفعة لهم لان الشقص الذي يشفع به قد بيع ولم يملكوه في مال ولا حلوا محل الميت لتبريهم من تركته قال المغيرة واذا أبى الورثة أن يقضوا الدين وأحبوا أن يباع المال فان كان فيه فضل ورثوه فلا شفعة لهم ولا للغرماء لان الغرماء لا يملكون الشقص الذي ثبتت به الشفعة وهذه المسئلة وان كان فيها معنى التفسير الذي قدمناه في المسئلة كلها نظر لان الشفيع ليس له أن يأخذ بالشفعة ليبيعها وفي هذه المسئلة أخذ الشقص بالشفعة ليباع وقد قال أشهب في الموازية والمجموعة لو قال قائل ليس لمن أحاط به الدين شفعة لانه انما يأخذ ليباع في دينه ما عقبه وقال سحنون انما ذلك لان المفلس محجور عليه يريد والله أعلم انه يباع عليه بالحكم ويؤخذ له من الشفعة ما فيه الاصلح له في أداء دينه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا الباب مبني على ان حق الشفعة موروث وبه قال الشافعي ومنع منه أبو حنيفة والدليل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم انما الشفعة فيما لم يقسم وهذا عام ومن جهة المعنى أن هذا خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فوجب أن ينتقل الى الورثة كخيار الرد بالعيب (مسئلة) ولو أوصى الميت بالثلث فباع السلطان ثلث داره فلا شفعة للورثة اذا كان الميت باع قاله سحنون في العتبية والاظهر عندي في هذه المسئلة ثبوت الشفعة لان الموصى لهم وان كانوا غير معينين فهم أشراك بائعون بعد ملك الورثة بقية الدار وقد بلغني ذلك عن ابن المواز والله أعلم

(فصل) وقوله فان خشي أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه ولا شفعة فيه يريد أن بيع الجزء من المشاع قد ينقص من ثمنه عن ثمنه لو ميز بالقسمة لضرر الشركة ولما يخاف من الشفعة فقد يمتنع الراغب في الملك من شرائه اذا عرف ان له شفيعا يأخذ الشفعة لانه ليس في التعرض لشرائه الا ثبوت العهدة عليه للشفيع والعناء في النقد والانتقاد وعقد عهدتين احداهما له والاخرى عليه وقد يشتري من فقير فلا يجد على من يرجع بالثمن ان استحق الشقص يوما فيزيد في ثمن المقسوم

المعين لانه لا يؤخذ منه بشفعة بل يسلم له ما اشترى و يسلم من ضرر الشركة والله أعلم ص ❊ قال مالك ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بعير ولا بقرة ولا شاة ولا في شئ من الحيوان ولا في ثوب ولا في بئر ليس لها بياض انما الشفعة فيما يصلح أنه ينقسم و يقع فيه الحدود من الارض فأما ما لا يصلح فيه القسم فلا شفعة فيه ❊ ش معنى ذلك والله أعلم ان ما ينقل و يحول من الحيوان والعروض لا شفعة فيه لما قدمناه من ان غلبة ثبوت الشفعة معدومة فيه وهذا في بيعها مفردة وأما اذا كانت تبعا لغيرها كالرقيق والدواب لتعمير الأرض والحائط ففي العتبية من رواية عيسى فيمن اشترى شقصا من حائط وفيه رقيق ودواب فليأخذه الشفيع مع رقيقه ودوابه اذا لم يكن للحائط منهم بد زاد في كتاب محمد ولو اقتسم الحائط أو باع أحدهم نصيبه من الرقيق والآلة فلا شفعة لاحد فيه ووجه ذلك انهم بعض صفات الحائط لانه لا يكون على تلك الصفة الا به فهم منه على وجه التبع له (فرع) فاذا قلنا لهم أخذ ذلك بالشفعة فلو ان المشترى وهبهم أو باعهم فان للشفيع أخذ الحائط وما بقى بحصته من الثمن ولو ماتوا فله أن يأخذ النقص بجميع الثمن أو يترك ووجه ذلك أن الرقيق لما كانوا بعض صفات الاصل فان أتلف المشترى أعيانهم لزم تقسيط الثمن وان ماتوا لم يكن له أن يأخذ الباقي الا بجميع الثمن كالو قطع النخل و باع جذوعها أو وهبها للزمه تقسيط الثمن وأخذ ما بقى بحصته منه ولو يبست الاصول أو احترقت لم يكن له أن يأخذ الباقي الا بجميع الثمن والله أعلم (مسئلة) والنخل والنقض انما تثبت فيه الشفعة اذا كان على حكم التبقية لانه من الأصول الثابتة فاذا بيع شئ من ذلك على القلع فلا شفعة فيه قاله ابن القاسم في الموازية والمجموعة فيمن ابتاع نخلة على القلع ثم اشترى الارض بعد ذلك فأقرها فاستحق رجل نصف ذلك كله فان له أن يأخذ نصف ذلك بالشفعة بنصف الثمن قال أصبغ والى هذا رجع ابن القاسم وقال سحنون وابن القاسم فيمن اشترى نقض دار على القلع ثم اشترى العرصة أو اشترى العرصة ثم اشترى النقض واستحق رجل نصف الدار انه يأخذ نصف القاعة بالشفعة بنصف الثمن ونصف النقض بقيمته قائما وأنكر هذا سحنون وطرحه وقال قد أبطل الشفعة ههنا في النقض وقال أشهب الشفعة في الأرض دون النخل والبناء قال أصبغ قول ابن القاسم أصوب وعليه أصحابنا

(فصل) وقوله انما الشفعة فيما يقسم وتقع فيه الحدود من الأرض يريد ما يقسم بالحدود وذلك مما يختص بالأرض وأما ما لا تصلح فيه القسمة على الوجه المذكور فلا شفعة فيه وهذا على ضربين أحدهما ما ليس من جنس ما تثبت فيه الشفعة كالذى ذكره من الحيوان والعروض الذى تنقل وتحول ولا خلاف بين الفقهاء اليوم في منع الشفعة فيه وانما روى اثبات الشفعة فيه عن ابن أبي ليلى والثاني أن يكون من جنس ما تثبت فيه الشفعة الا انه لا ينقسم بالحدود الا بضرر كالحمام والدار الصغيرة والاندر والبقعة الصغيرة من الأرض التى ان قسمت لم يصب أحد الشركاء أو بعضهم الا ما لا ينتفع به ص ❊ قال مالك من اشترى أرضا فيها شفعة لناس حضور فليرفعهم الى السلطان فاما ان يستحقوا واما أن يسلم له السلطان فان تركهم فلم يرفع أمرهم الى السلطان وقد علموا باشترائه فتركوا ذلك حتى طال زمانه ثم جاؤا يطلبون شفعتهم فلا أرى لهم ذلك ❊ ش ومعنى ذلك ان من اشترى أرضا لها شفيع حاضر فانه ان أراد قطع خيار الشفيع رفعه الى السلطان فوقفه فاما أن يستحق ومعناه يأخذ بشفعته واما أن يسلم له السلطان معناه يحكم عليه بابطال شفعته ان لم يأخذ بالشفعة أو أراد من تأخير الثمن ما ليس له قال الشيخ أبو بكر انما رفعه الى الحاكم ليأخذ أو يترك لان المشترى يحتاج

قال مالك ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بعير ولا بقرة ولا شاة ولا في شئ من الحيوان ولا في ثوب ولا في بئر ليس لها بياض انما الشفعة فيما يصلح انه ينقسم وتقع فيه الحدود من الأرض فأما ما لا يصلح فيه القسم فلا شفعة فيه

❊ قال مالك من اشترى أرضا فيها شفعة لناس حضور فليرفعهم الى السلطان فاما أن يستحقوا واما أن يسلم له السلطان فان تركهم فلم يرفع أمرهم الى السلطان وقد علموا باشترائه فتركوا ذلك حتى طال زمانه ثم جاؤا يطلبون شفعتهم فلا أرى لهم ذلك

الى التصرف فيما اشتراه بالبناء والهدم والاصلاح فتى طال عليه بقاء الشفيع عدم حكم الخيار وجوز أن يأخذ وان يترك أضر ذلك به ولا ينقطع خيار الشفيع معجلا الا بما ذكره من رفعه الى السلطان ويعجل الحكم له أو عليه (مسئلة) فاذا رفعه المشترى الى السلطان ليقطع خياره لم يخل أن يكون المالك حاضرا أو غائبا فان كان حاضرا وسأل أن يؤخر اليومين أو الثلاثة حتى يرى رأيه فليس ذلك له وليعجل الأخذ أو الترك فى مقامه أو يسلم الحكم الى المشترى هذا الذى ذكره فى كتاب ابن المواز وهو لأشهب فى المجموعة وقال غيره اذا طلب الشفيع عند الامام الشفعة كلف الامام المبتاع اثبات شرائه فاذا اثبت أحلفه لقد نقد ما سمى من الثمن وما أعلن شيأ غيره ثم قيل للشفيع خذ أو سلم ولا يبرح من المجلس حتى يأخذ أو يسلم وقال مالك فى مختصر ابن عبد الحكم يؤخره السلطان اليوم واليومين والثلاثة لينظر ويستجيز ووجه ذلك انه خيار يضر بالمبتاع فليس للشفيع استدامته (مسئلة) ولو كان المالك غائبا فقال الشفيع أخرنى أنظر اليه فان كانت غيبة المالك بعيدة فقد قال مالك فى العتبية من رواية أشهب عن مالك ليس له ذلك قال ابن المواز شراء المشترى يغنى الشفيع عن النظر لان المشترى انما اشترى على صفة أو عيان ولو كانت غيبة المالك قريبة كالساعة من النهار أخر لينظر اليه لانه ليس فى ذلك ضرر على المبتاع لقرب المبيع (مسئلة) فاذا وقف الشفيع فترك الشفعة بطلت شفعته ولم يكن له القيام بها بعد هذا وان أخذ بالشفعة وطلب أن يؤجل بالثمن ضرب له الامام فى ذلك أجلا يومين أو ثلاثة وان لم يضرب له أجلا فلا بأس به وقال مالك رأيت القضاة يؤخرونه هكذا وقد رأيت عن ابن الماجشون انه يؤخر عشرة أيام ونحوها وعن أصبغ يؤخر بقدر قلة المال وكثرته وبقدر عسره ويسره وأقصى ذلك شهر ثم لا أدرى ما وراء ذلك (مسئلة) ولو أخذ الشفيع بالشفعة لما وقف له ثم بدا له وأبى المشترى أن يقيله فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية ان ذلك لازم له الا أن يرضى المبتاع أن يقيله ووجه ذلك ان الأخذ بالشفعة عقد لازم كالبيع المجدد (مسئلة) وهذا كله انما هو اذا أوقفه الحاكم وأما لو أوقفه غير الحاكم والسلطان فانه على شفعته حتى يوقفه السلطان أو يترك هو قاله ابن المواز ووجه ذلك ان التوقيف يفضى الى الحكم عليه بابطال شفعته وذلك لا يكون الا بعد حكم من له ولاية فان أوقفه من لا ولاية له فى الحكم لم يلزمه حكمه فى هذا كما لا يلزمه فى غير ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو ساوم الشفيع المبتاع فى الشقص أو اكتراه منه أو ساقاه اياه قال ابن القاسم فى الموازية ان ذلك تسليم للشفعة وقال أشهب لا يضره ذلك وهو على شفعته كما لو فعل ذلك بحضره مع غيره لم تبطل بذلك شفعته واتفقا على انه لو قاسمه لبطلت بذلك شفعته والله أعلم وأحكم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الفرائض)

﴿ ميراث الصلب ﴾

ص ﴿ حدثنى يحيى عن مالك أنه قال الأمر المجتمع عليه عندنا والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا فى فرائض المواريث أن ميراث الولد من والدهم أو والدتهم أنه اذا توفى الأب أو الأم وتركا ولدا رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف فان شركهم أحد بفريضة مسماة وكان فيهم ذكر بدئ بفريضة من شركهم وكان ما بقى بعد

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب الفرائض)
﴿ ميراث الصلب ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك انه قال الأمر المجمع عليه عندنا والذى ادركت عليه أهل العلم ببلدنا فى فرائض المواريث ان ميراث الولد من والدهم أو والدتهم انه اذا توفى الأب أو الأم وتركا ولدا رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وان كانت واحدة فلها النصف فان شركهم أحد بفريضة مسماة وكان فيهم ذكر بدئ بفريضة من شركهم وكان ما بقى بعد

ذلك بينهم على قدر مواريثهم * ش وهذا كما قال ان ميراث الولد من الأبوين على ضربين أحدهما أن يرثوا بالتعصيب وهو أن يكون الولد رجالا ونساء والثاني أن يرثوا بالفرض وهو ان يكن نساء فان ورثوا بالتعصيب وكانوا رجالا فالميراث بينهم بالسواء لتساويهم في سبب استحقاقهم وصفتهم في أنفسهم وان كانوا رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين * والأصل في ذلك قول الله عز وجل يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين وأما ان ورث البنات بالفرض لانفرادهن فلا يخلو أن يكن واحدة أو أكثر من ذلك فان كانت واحدة فلها النصف * والدليل على ذلك قول الله تعالى فان كانت واحدة فلها النصف وان كن اثنتين فالذي عليه جماعة الصحابة ومن بعدهم ان فرض البنتين فما زاد الثلثان وروى ابن عباس أنه قال فرضهما النصف ولم يثبت ذلك عنه والدليل على ضعف هذا القول الاجماع على خلافه ودليلنا من جهة المعنى ان كل نوع من النساء فرض واحدتهن النصف فان فرض البنتين منهن الثلثان أصل ذلك الأخوات (مسئلة) فان كان مع البنت أو البنات ذو فرض أو عصبة يستحق باقي المال دفع اليه وان لم يكن ذلك دفع باقي التركة الى بيت مال المسلمين ولم يرد على البنات ولا على ذي فرض من هذا على قول زيد بن ثابت وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار ومالك والشافعي وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه والمشهور عنه انه كان يرد ما فضل عن ذوي الفروض على ذوي السهام من ذوي الأرحام وبه قال علي بن أبي طالب وهو قول أبي حنيفة والثوري وأحد الا ابن مسعود لم يرد على أربع مع أربع لم يرد على ابنة الابن مع ابن البنت ولا على الأخت للاب مع الأخت للاب والأم ولا على ولد الأم مع الام ولا على الجدة مع ذوي الأرحام فان انفرد عن الأربعة رد عليهن وأجمعوا على انه لا يرد على زوج ولا زوجة * والدليل على صحة القول الأول قول الله عز وجل فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فوجه الدليل من الآية أن الله تعالى جعل للاخت النصف وأبو حنيفة يجعل لها الكل ووجه آخر ان الباري جل وعز فرق بين الأخ والأخت وأبو حنيفة جعل حكمهما واحدا ودليلنا من جهة القياس ان هذا ذو سهم لا تعصيب له فلم يرد عليه كالزوج والزوجة

(فصل) وقوله فان شركهم أحد بفريضة مسماة وكان فيهم ذكر يريد في الولد بدئ بفريضة من شركهم يريد أن البنات اذا كان معهن ابن ذكر فانهم يرثون بالتعصيب فاذا شركهم من له فرض كأحد الأبوين أو الزوجين بدئ بفريضة من شركهم لان الابن قد نقلهن من الفرض الى حكم التعصيب فوجب تقديم الفروض والأصل في ذلك ما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر ولو انفرد البنات لكن من أصحاب الفرائض يبدأ أن كما يبدأ غيرهن فان وسع الفرائض المال والا دخل الفريضة العول في قول جميع الصحابة الا ما روي عن ابن عباس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فيتعلق بهذا الفصل مسئلتان. احداهما في بيان من يرث من الرجال والنساء والثانية في بيان الفريضة المسماة فأما المسئلة الأولى فان من يرث من الرجال عشرة وهم الابن وابن الابن وان سفل والأب والجد وان علا والأخ وابن الأخ والعم وابن العم والزوج ومولى النعمة ومن النساء سبع وهن البنت وبنت الابن وان سفلت والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة * وأما الفرائض المقدرة المذكورة في كتاب الله عز وجل فستة النصف ونصف النصف وهو الربع ونصف الربع وهو الثمن والثلثان ونصف الثلثين

ذلك بينهم على قدر مواريثهم

وهو الثلث ونصف الثلث وهو السدس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالنصف فرض خمسة الابنة وبنت الابن اذا لم تكن بنت والأخت للاب والأم والأخت للاب اذا لم تكن أخت لأب وأم والزوج اذا لم يكن ولد ولا ولد ابن (مسئلة) والربع فرض اثنين الزوج اذا كان له ولد أو ولد ابن والزوجة اذا لم يكن للمتوفى ولد ولا ولد ابن (مسئلة) والثلثان فرض كل اثنين فصاعدا ممن فرضه النصف وهو كل اثنين فصاعدا من البنات وبنات الابن والأخوات للاب والأم والأخوات للاب (مسئلة) والثلث فرض الأم اذا لم يكن ولد ولا ولد ابن ولا اثنان من الاخوة أو الأخوات ويفرض في الغراوين وهما زوج وأبوان أو زوجة وأبوان للام ثلث ما بقى بعد فرض الزوج أو الزوجة والثلث فرض كل اثنين فصاعدا من الاخوة والأخوات للام (مسئلة) والسدس فرض سبعة لكل واحد من الأبوين مع الولد وفرض الأم مع الاثنين فصاعدا من الاخوة والأخوات وفرض الجدات وفرض بنات الابن مع الابنة للصلب تكملة الثلثين وفرض الأخوات للاب مع الأخت للاب والأم تكملة الثلثين وفرض الأخ أو الأخت للام وفرض الجد مع الولد وله فروض مختلفة نذكر في بابه ان شاء الله

ص ﴿ قال مالك ومنزلة ولد الأبناء الذكور اذا لم يكن ولد كمنزلة الولد سواء ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كأنثاهم يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون ﴾ ش وهذا كما قال ان ولد الابن عند عدم الولد بمنزلة الولد لأنثاهم النصف وللاثنين منهما فازاد الثلثان وللذكر فازاد جميع المال وذكرهم يعصب أخته فيكون لهما جميعا المال للذكر مثل حظ الأنثيين فهذا في الميراث فأما في الحجب فهم أيضا بمنزلة الولد للصلب في الحجب وذلك ان حجب الولد وولد الولد على ضربين حجب هو منع من الميراث جملة وحجب هو رد من فرض الى فرض فأما منع الميراث جملة فان الابن يمنع الميراث ولد الابن والاخوة للاب والأم والاخوات للاب والاخوة للام ويمنع الميراث كل عصبة لا فرض له من الأعمام وبني العم وبني الأخ وذلك ان كل من ورث بسبب فانه يسقط من كان أبعد منه ممن يرث بذلك السبب ويسقط من كان أضعف حالا منه في ذلك السبب وان كان القرب سواء فأما الأول فان الاخ يسقط ولد الأخ وهما يدليان بالاخوة والأخ أقرب من ابن الأخ والأب يسقط الجد لانهما يرثان بالأبوة والأب أقربهما وسيأتي ذكر الجد بعد هذا ان شاء الله تعالى واذا استكمل البنات الثلثين سقط ميراث بنات الابن الا أن يكون معهن أو أسفل منهن ابن ابن يعصبهن واذا استكمل الاخوات للاب والأم الثلثين سقط الاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لهن فيعصبهن وقد ذكرنا حجب العصبات بعد هذا

(فصل) وأما الحجب عن بعض الفرض وهو الرد من فرض الى فرض فان الولد وولد الولد يرد الزوج الى الربع والزوجة الى الثمن والأم الى السدس والابن أو ابن الابن يرد الأب والجد الى السدس والبنت ترد بنات الابن من الثلثين الى السدس وترد بنت الابن من النصف الى السدس والأخت للاب والأم ترد الاخوات للاب من الثلثين الى السدس والاخوات فازاد ذكورا كانوا أو اناثا يردان الام من الثلث الى السدس وترد الأخت للاب والام الاخت للاب من النصف الى السدس

ص ﴿ قال مالك فان اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان في ولد الصلب ذكر فانه لا ميراث معه لأحد من ولد الابن وان لم يكن في الولد للصلب ذكر وكانتا اثنتين فأكثر من ذلك من البنات للصلب فانه لا ميراث لبنات الابن معهن الا أن يكون مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلتهن أو هو أطرف منهن فانه يرد على من هو بمنزلته ومن هو فوقه من بنات الأبناء فضلا ان فضل فيقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ

* قال مالك ومنزلة ولد الابناء الذكور اذا لم يكن ولد كمنزلة الولد سواء ذكرهم كذكرهم وانثاهم كانثاهم يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون * قال مالك فان اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان في الولد للصلب ذكر فانه لا ميراث معه لاحد من ولد الابن وان لم يكن في الولد للصلب ذكر وكانتا اثنتين فاكثر من ذلك من البنات للصلب فانه لا ميراث لبنات الابن معهن الا أن يكون مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلتهن أو هو أطرف منهن فانه يرد على من هو بمنزلته ومن هو فوقه من بنات الابناء فضلا ان فضل فيقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ

الانثيين فان لم يفضل شئ فلا شئ لهم وان لم يكن الولد للصلب الا ابنة واحدة فلها النصف ولابنة ابنه واحدة كانت أو أكثر من ذلك من بنات الابناء ممن هو من المتوفى بمنزلة واحدة السدس فان كان مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلتهن فلا فريضة ولا سدس لهن ولكن ان فضل بعد فرائض أهل الفرائض فضل فان ذلك الفضل لذلك الذكر ولمن هو بمنزلته ومن فوقه من بنات الابناء للذكر مثل حظ الانثيين وليس لمن هو أطرف منهم شئ فان لم يفضل شئ فلا شئ لهم وذلك ان الله تبارك وتعالى قال فى كتابه يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وان كانت واحدة فلها النصف * قال مالك الأطرف هو الأبعد

الأنثيين فان لم يفضل شئ فلا شئ لهم وان لم يكن الولد للصلب الا ابنة واحدة فلها النصف ولابنة ابنه واحدة كانت أو أكثر من ذلك من بنات الأبناء ممن هو من المتوفى بمنزلة واحدة السدس فان كان مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلتهن فلا فريضة ولا سدس لهن ولكن ان فضل بعد فرائض أهل الفرائض فضل فان ذلك الفضل لذلك الذكر ولمن هو بمنزلته ومن فوقه من بنات الابناء للذكر مثل حظ الانثيين وليس لمن هو أطرف منهم شئ فان لم يفضل شئ فلا شئ لهم وذلك ان الله قال فى كتابه يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وان كانت واحدة فلها النصف قال مالك الاطرف هو الأبعد * ش وهذا كما قال انه لاميراث لابن الابن مع الابن لانه أقرب سببا منه الى الميت وهما يدليان بالبنوة ولان ابن الابن يدلى بالابن ومن يدلى بعاصب فانه لا يرث معه وان عدم الابن وكانت ابنة واحدة فان ابنة الابن ترث معها السدس تكملة الثلثين لانه فرض ثلثه البنتان فازادو بنات الابن يقمن مقام البنات عند عدمهن فلما عدم من يستحق منهن السدس كان ذلك لبنت الابن فهى أولى بالسدس من الأخت الشقيقة وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين الاما روى عن أبى موسى وسلمان بن ربيعة ان النصف للبنت والنصف الثانى للاخت ولا حق فى ذلك لبنت الابن وقد روى عن أبى موسى مايقتضى الرجوع عن هذا القول وذلك ماروا هذيل بن شرحبيل سئل أبو موسى عن بنت وابنة ابن وأخت فقال للبنت النصف وللاخت النصف وائت ابن مسعود فسيتابعنى فسئل ابن مسعود وأخبره بقول أبى موسى فقال لقد ضللت اذا وما أنا من المهتدين أقضى فيها بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم للابنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين ومابقى للاخت فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لاتسئلونى عن شئ مادام هذا الحبر فيكم والدليل على صحة ذلك من جهة المعنى ان بنت الابن فى هذه المسئلة ترث بالفرض والاخت ترث بالتعصيب ولاميراث للعصبة حتى يستكمل ذوو الفروض فروضهم (مسئلة) وسواء كانت بنت الابن واحدة أو أكثر ليس لهن الا السدس يشتركن فيه على السواء فان كان معهن ابن ابن فى درجتهن أو أسفل منهن عصبهن فكان النصف الثانى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين بالغا مابلغ وقال ابن مسعود ينظر فان كان لبنات الابن فى المقاسمة السدس أو أقل من ذلك قسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين فان كانت حصة البنات بالمقاسمة أكثر من السدس فرض لهن السدس ويجعل الباقى لبنى الابن وكذلك يقول فى الاخت لاب وأم وأخوات واخوة لاب وبه قال أبو ثور (مسئلة) فان كن بنات الصلب اثنتين فصاعدا حجبن بنات الابن أن يرثن بالفرض لانه لامدخل لبنات الابن أن يرثن بالفرض فى غير الثلثين فان كان مع بنات الابن ابن ابن هو بمنزلتهن من الميت أو أبعد منهن عصبهن فورثن معه بالتعصيب مافضل عن ذوى الفروض للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ فلا شئ لهن الا أن هذا حكم العصبة هذا قول جمهور الصحابة والتابعين وروى عن ابن مسعود انه لايعصبهن ذكر فى درجتهن ولا أسفل منهن وينفرد بالميراث دونهن والدليل على مانقوله ان كل جنس يعصب ذكورهم اناثهم فى جميع المال فانه يعصبهن فيما فضل منه كولد الصلب (مسئلة) وان كان الابن أقرب الى الميت حجبهن عن الميراث لانه أقرب منهن يرث بمثل سببهن من التعصيب كالاخ مع ابن الاخ

(فصل) وقوله وذلك أن الله تبارك وتعالى قال فى كتابه يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين على سبيل الاحتجاج على صحة ماقاله و بيان موضع ماذكر من أحكام المواريث فى كتاب الله عزوجل

﴿ ميراث الرجل من امرأته والمرأة من زوجها ﴾

ص ﴿ قال مالك وميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن منه أو من غيره النصف فان تركت ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو أنثى فلزوجها الربع من بعد وصية توصي بها أو دين وميراث المرأة من زوجها ان لم يترك ولدا ولا ولد ابن الربع فان ترك ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو أنثى فلامرأته الثمن من بعد وصية يوصي بها أو دين وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين ﴾ ش وهذا كما قال وذلك ان فرض الزوج النصف ويحجبه الولد وولد الابن الى الربع وأكمل فروض الزوجة الربع ويردها الولد وولد الابن الى الثمن والأصل في ذلك الآية المتقدمة فان كانت الزوجة واحدة فهذا حكمها وان كن اثنتين أو ثلاثا أو أربعا فحكمهن في ذلك حكم الزوجة الواحدة لهن الربع دون الولد وولد الابن ولهن الثمن مع الولد وولد الابن يقتسمن ذلك على السواء ولا تنقص الزوجة أو الزوجات من الثمن الا أن ينقصهن العول مثل أن يترك المتوفى زوجة وأبوين وابنتين فان أصل هذه الفريضة من أربعة وعشرين وتعول الى سبع وعشرين وتسمى المنبرية وذلك أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه سئل عن ميراث الزوجة من هذه المسئلة وهو يخطب على المنبر فقال عاد ثمنها تسعا ومضى في خطبته

﴿ ميراث الأب والأم من ولدهما ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن ميراث الأب من ابنه أو ابنته أنه ان ترك المتوفى ولدا أو ولد ابن ذكرا فانه يفرض للأب السدس فريضة فان لم يترك المتوفى ولدا ولا ولد ابن ذكرا فانه يبدأ بمن شرك الأب من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس فما فوقه كان للأب وان لم يفضل عنهم السدس فما فوقه فرض للأب السدس فريضة ﴾ ش وهذا كما قال وذلك أن ميراث الأب من ابنه أو ابنته يكون على وجهين أحدهما أن ينفرد بالفرض والثاني أن يجمع الفرض والتعصيب وقد قال أبو اسحاق الاسفرايني وبعض أصحاب الشافعي انه ينفرد بالتعصيب فأما موضع انفراده بالفرض فتارة يكون مع من هو أقوى تعصيبا منه كالابن وابن الابن فان هذا يحجب بعصبته ويرد الى مجرد فرضه وهو السدس والثاني أن يعطى فرضه وهو السدس ثم يستغرق أهل الفروض بقية المال فلا يبقى منه ما يورث بتعصيب فانه لا يرث الا ما وجب له بالفرض أولا وهو السدس وذلك أن يرث المتوفى ابنتان فأكثر وأبوان فيكون للابنتين الثلثان وللأبوين لكل واحد منهما السدس فلا يبقى من المال بعد ذلك شئ وأما موضع يجمع فيه الميراث بالفرض والتعصيب فهو أن ينفرد بالميراث فيرث سدسه بالفرض وباقيه بالتعصيب أو يبقى منه بعد ميراثه بالفرض وميراث ذوي الفروض بقية فانه يرثها بالتعصيب مثل أن يرث المتوفى أب وزوجة فان للزوجة الربع وللأب السدس بالفرض ويبقى نصف ونصف السدس فيكون له بالتعصيب ص ﴿ وميراث الأم من ولدها اذا توفي ابنها أو ابنتها فترك

قال مالك وميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن منه أو من غيره النصف فان تركت ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو أنثى فلزوجها الربع من بعد وصية توصي بها أو دين وميراث المرأة من زوجها ان لم يترك ولدا ولا ولد ابن الربع فان ترك ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو أنثى فلامرأته الثمن من بعد وصية يوصى بها أو دين وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين

﴿ ميراث الأب والأم من ولدهما ﴾

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن ميراث الأب من ابنه أو ابنته انه ان ترك المتوفى ولدا أو ولد ابن ذكرا فانه يفرض للأب السدس فريضة فان لم يترك المتوفى ولدا ولا ولد ابن ذكرا فانه يبدأ بمن شرك الأب من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس فما فوقه كان للأب وان لم يفضل عنهم السدس فما فوقه فرض للأب السدس فريضة وميراث الأم من ولدها اذا توفي ابنها أو ابنتها فترك

المتوفى ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو أنثى أو ترك من الاخوة اثنين فصاعدا ذكورا كانوا أو اناثا من أب وأم أو من أب أو من أم فالسدس لها وان لم يترك المتوفى ولدا ولا ولد ابن ولا اثنين من الاخوة فصاعدا فان للام الثلث كاملا الا فى فريضتين فقط واحدى الفريضتين أن يتوفى رجل ويترك امرأته وأبويه فلامرأته الربع ولامه الثلث مما بقى وهو الربع من رأس المال والأخرى أن تتوفى امرأة وتترك زوجها وأبويها فيكون لزوجها النصف ولامها الثلث مما بقى وهو السدس من رأس المال وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس فمضت السنة أن الاخوة اثنان فصاعدا ﴾ ش وهذا كما قال ان ميراث الأم من ابنها يتنوع بنوعين على مذهب مالك وجمهور الفقهاء أحدهما بالفرض وهو على ضربين الثلث مع عدم الولد وولد الابن والاثنين من الاخوة فصاعدا فأما مع وجود أحد ممن ذكرنا ففرضها السدس وروى عن ابن عباس أنه لا يحجب الأم من الثلث الى السدس الا الثلاثة من الاخوة فصاعدا والدليل على ما ذهب اليه الجمهور قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس ولفظ الاخوة واقع على الاثنين فزائدا على قولنا ان أقل الجمع اثنان (مسئلة) وسواء كان الولد أو ولد الابن ذكرا أو أنثى أو كان الأخوان لاب وأم أو لاب أو لام أو مفترقين أحدهما للاب والآخر للام فان كل ذلك يرد الأم من الثلث الى السدس والأصل فى ذلك قوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس (مسئلة) ولو أن مجوسيا تزوج ابنته فولد له منها ولدان فأسلمت الأم والولدان ثم مات أحد الولدين ففى العتبية للأم السدس لأن الميت ترك أمه وهى أخته وترك أخاه فتحجب الأم نفسها بنفسها من الثلث الى السدس فكأنه ترك أما وأخا وأختا فحجب الأم عن الثلث (فصل) وقوله الا فى فريضتين فقط يريد ان حكم الأم فى الفرض السدس أو الثلث على ما تقدم من ذكرنا لا يرث بغير هذين الفرضين ولا ينقص من واحدة منهما بغير عول الا فى مسئلتين وهما زوج وأبوان وزوجة وأبوان وهما الغراوان فان مالكا وجماعة الفقهاء والتابعين جعلوا للأم فى المسئلتين ثلث ما بقى وانفرد ابن عباس بان جعل للأم ثلث جميع المال وهذه من المسائل الخمس التى صح انفراد ابن عباس بها والثالثة منع العول والرابعة ان الأم لا تحجب من الثلث الى السدس من الاخوة الا بثلاثة والخامسة انه لا يجعل الاخوات عصبة مع البنات والدليل على ما نقوله قوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث وهذا عام ومن جهة المعنى ان هذين أبوان دخل بينهما ذو سهم فوجب أن يكون للأم ثلث ما بقى بعد السهم أصله اذا كان مع الأبوين بنت (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الغراوين تكون على ثلاثة أوجه أحدها رجل توفى وترك زوجة وأبوين فان الفريضة من أربعة للزوج الربع وللأم الربع ثلث ما بقى وللأب النصف والوجه الثانى رجل توفى وترك زوجة وأبوين وأخا فان الفريضة من أربعة على ما تقدم والوجه الثالث امرأة توفيت وتركت زوجا وأبوين فان الفريضة من ستة للزوج النصف بثلاثة وللأم ثلث ما بقى بسهم وهو السدس وللاب الثلث سهمان وهو ثلث ما بقى وسواء فى هذه المسئلة كان مع الأبوين أخ أو أخوان أو أكثر أو لم يكن أخ وفى المسئلة الاولى اذا كان مع الأبوين اخوان فأكثر ولم يكن أخ فان الفريضة تكون من ستة للام السدس ولا يكون لها ثلث ما بقى لان الأخوين قد حجباها من الثلث الى السدس والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولا يجرى الجد فى ذلك مجرى الأب فلو توفى رجل وترك أما

المتوفى ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو انثى أو ترك من الاخوة اثنين فصاعدا ذكورا كانوا أو اناثا من أب وأم أو من أب أو من أم فالسدس لها وان لم يترك المتوفى ولدا ولا ولد ابن ولا اثنين من الاخوة فصاعدا فان للام الثلث كاملا الا فى فريضتين فقط واحدى الفريضتين أن يتوفى رجل ويترك امرأته وأبويه فلامرأته الربع ولامه الثلث مما بقى وهو الربع من رأس المال والاخرى أن تتوفى امرأة وتترك زوجها وأبويها فيكون لزوجها النصف ولامها الثلث مما بقى وهو السدس من رأس المال وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس فمضت السنة أن الاخوة اثنان فصاعدا

وجداوزوجة لكانت الفريضة أيضا من اثنى عشر للزوجة الربع ثلاثة وللأم الثلث أربعة ومابقى للجد ولو ترك أباوجدة وزوجة لكانت الفريضة من اثنى عشر للزوجة الربع ثلاثة وللجدة السدس سهمان والباقى للأب ولو توفيت امرأة وتركت زوجا وأما وجدا لكانت الفريضة من ستة للزوج النصف ثلاثة أسهم وللأم الثلث سهمان وللجد سهم ولو توفيت امرأة وتركت زوجا وأباوجدة لكانت الفريضة من اثنى عشر للزوج النصف ثلاثة أسهم وللجدة السدس وللأب مابقى والله أعلم

(فصل) وقوله فقضت السنة ان الاخوة ابنان فصاعدا يريد ان الاخوة فى قول الله عز وجل فان كان له اخوة فلأمه السدس يتناول لفظ الاخوة الاخوين فصاعدا فأما على ماذكر القاضى أبو بكر من مذهب مالك ان أقل الجمع اثنان فان لفظ الاخوة يتناول الاثنين فمازاد لغة وشرعا فاذا قلنا ان أقل الجمع ثلاثة فان هذا الحكم يثبت فى الاثنين بالقياس اذ كل حكم يتغير بالاخوة فانه يتغير بالاثنين منهم كتغير فرض الاخوة للأم من الثلث الى السدس وقد روى عن ابن عباس انه قال لعثمان أليس الاخوان باخوة فى لسان قومك فقال عثمان لا أستطيع أن أغير أمرا قد مضى وهذا يقتضى انه فى بعض اللغات دون بعض الآن من مضى أخذ فى ذلك باللغة التى يتناول فيها لفظ الاخوة للاخوين والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الاخوة للأم ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للأم لا يرثون مع الولد ولا مع ولد الابن ذكرانا كانوا أو اناثا شيأ ولا يرثون مع الأب ولا مع الجد أب الأب شيأ وأنهم يرثون فيما سوى ذلك يفرض للواحد منهم السدس ذكرا كان أو أنثى فان كانا اثنين فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث يقتسمونه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الانثى وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه العزيز وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث فكان الذكر والأنثى فى هذا بمنزلة واحدة ﴾

ش وهذا كما قال ان الاخوة للأم لا يرثون مع وارث من الولد ذكورهم واناثهم وولد الابن لا يرثون مع وارث من الأب والأجداد ويرثون مع غيرهم من الام والجدات وسائر الورثة بالفرض دون التعصيب لانهم يستفيدون ذلك من الام وليست من أهل التعصيب وفرض الواحد منهم السدس لا ينقص من ذلك الا بالعول وفرض الاثنين فمازاد الثلث ذكورهم واناثهم فى ذلك كله سواء والاصل فى ذلك قول الله عز وجل وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة ومعناه عندنا ان يورث بغير أبوين ولا مولودين ثم قال عز من قائل وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فساوى فى ذلك بين الاخ والاخت ثم قال تبارك اسمه فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث فوجب أن يرجع الضمير الى الذكور والاناث وذلك يقتضى تساويهم فى الثلث لان ذلك لفظ ظاهر الاشتراك فى الثلث وأيضا فانه لما استوى ذكرهم وأنثاهم عند الانفراد بالسواء استوى عند الاشتراك فى الثلث والله أعلم (فرع) وفى كتاب ابن عجلان يحيى بن محمد الفرضى فى صبى يموت وله أم متزوجة فانه لا ينبغى لزوجها أن يطأها حتى يتبين ان بها حملا لمكان الميراث لانها ان كانت حاملا ورث ذلك الحمل أخاه لامه الميت وقال أشهب لا يعزل عنها وله وطؤها فان وضعت بعد موته لاقل من ستة أشهر ورث أخاه وان وضعته لتمام ستة أشهر لم يرثه لانه عزل عنها فلا يؤمن أن يطرقها ويتسور عليها وهذا اذا لم

﴿ ميراث الاخوة للأم ﴾
* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للأم لا يرثون مع الولد ولا مع ولد الابناء ذكرانا كانوا أو اناثا شيأ ولا يرثون مع الأب ولا مع الجد أب الأب شيأ وانهم يرثون فيما سوى ذلك يفرض للواحد منهم السدس ذكرا كان أو انثى فان كانا اثنين فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث يقتسمونه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الانثى وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث فكان الذكر والانثى فى هذا بمنزلة واحدة

يكن حملها ظاهرا يوم مات الميت ولو كان حملها ظاهرا لورث أخاه وان وضعته لأكثر من ستة أشهر أو تسعة أو أكثر من ذلك وكذلك ان كان زوجها غائبا غيبة بعيدة لا يتهيأ له الوصول اليها فانه يرث أخاه وان ولد لأكثر من تسعة أشهر والله أعلم

﴿ ميراث الاخوة للأم والأب ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للأب والأم لا يرثون مع الولد الذكر شيأ ولا مع ولد الابن الذكر شيأ ولا مع الأب دنيا شيأ وهم يرثون مع البنات وبنات الأبناء مالم يترك المتوفى جدا أبا أب مافضل من المال يكونون فيه عصبة يبدأ بمن كان له أصل فريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان للاخوة للأب والأم يقتسمونه بينهم على كتاب الله ذكرانا كانوا أو اناثا للذكر مثل حظ الأنثيين فان لم يفضل شئ فلا شئ لهم ﴾ ش وهذا كما قال ان الاخوة للأب والأم لا يرثون مع الابن ولا مع ابن الابن ولا مع الأب شيأ وذلك انهم انما يرثون بالتعصيب ويدلون بالأب فلا يرثون معه بالتعصيب وتعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأبوة بدليل ان تعصيب الابن يبطل ميراث الأب بالتعصيب فاذا كان للأخ لا يرث مع الأب فبأن لا يرث مع الابن الذى هو أقوى تعصيبا منه أولى واناث الأخوات وان كن يرثن بالفرض الا انهن لا يدلين الا بما يدلى به ذكورهم فاذا كان ذكورهم يحجبون بالأب والابن وابن الابن فبان يحجب به اناثهم أولى وأحرى

(فصل) وقوله وهم يرثون مع البنات وبنات الابن مالم يترك المتوفى أبا أب مافضل من المال يكونون عصبة يريد اذا لم يكن فى الورثة أحد ممن ذكرنا انه يحجبهم ولم يكن فيهم جد يقاسمهم كانوا عصبة يرثون مافضل من المال عن البنت الواحدة أو بنت الابن وهو نصف المال أو مافضل عن الاثنين فزائدا أو على بنتى ابن أو عن بنت وبنت ابن وهو الثلث وان كان الاخوة ذكرانا فهذا الفضل بينهم على السواء وان كانوا ذكرانا واناثا فهو بينهم للرجل مثل حظ الانثيين لقوله تعالى فان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين ولانهم رجال ونساء فى قعدد يرثون بالتعصيب فكان للذكر مثل حظ الانثيين كالبنين (مسئلة) فان كن اناثا وكانت ابنة أو ابنتان فان الأخوات عصبة لمن يرثن معهن مافضل عن سهام ذوى الفرو ومن هذا قول الجهور وقال ابن عباس لا يعصب الأخوات البنات والدليل على صحة ماذهب اليه الجهور حديث ابن مسعود المتقدم ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى للابنة بالنصف ولابنة الابن بالسدس تكملة الثلثين ومابقى فللاخت ودليلنا من جهة القياس ان هذا ميراث فلم ينفرد به ابن العم دون الأخت أصل ذلك اذا انفرد ص ﴿ وان لم يترك المتوفى أبا ولا جدا أبا أب ولا ولدا ولا ولد ابن ذكرا كان أو أنثى فانه يفرض للاخت الواحدة للأب والأم النصف فان كانتا اثنتين فما فوق ذلك من الأخوات للأب والأم فرض لهما الثلثان فان كان معهما أخ ذكر فلا فريضة لأحد من الأخوات واحدة كانت أو أكثر من ذلك ويبدأ بمن شركهم بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فما فضل بعد ذلك من شئ كان بين الاخوة للأب والأم للذكر مثل حظ الأنثيين الا فى فريضة واحدة فقط لم يكن لهم فيها شئ فاشتركوا فيها مع بنى الأم فى ثلثهم وتلك الفريضة امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها واخوتها لامها واخوتها لامها وأبيها فكان لزوجها النصف ولأمها السدس ولاخوتها لأمها الثلث فلم يفضل شئ بعد ذلك فيشترك بنو الأب والأم فى هذه

﴿ ميراث الاخوة للام والاب ﴾ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للاب والأم لا يرثون مع الولد الذكر شيأ ولا مع ولد الابن الذكر شيأ ولا مع الأب دنيا شيأ وهم يرثون مع البنات وبنات الابناء مالم يترك المتوفى جدا أبا أب ما فضل من المال يكونون فيه عصبة يبدأ بمن كان له أصل فريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان للاخوة للاب والأم يقتسمونه بينهم على كتاب الله ذكرانا كانوا أو اناثا للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ فلا شئ لهم وان لم يترك المتوفى أبا ولا جدا أبا أب ولا ولدا ولا ولد ابن ذكرا كان أو انثى فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والام النصف فان كانتا اثنتين فما فوق ذلك من الاخوات للاب والأم فرض لهما الثلثان فان كان معهما أخ ذكر فلا فريضة لأحد من الاخوات واحدة كانت أو أكثر من ذلك ويبدأ بمن شركهم بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فما فضل بعد ذلك من شئ كان بين الاخوة للاب والام للذكر مثل حظ الانثيين الا فى فريضة واحدة فقط لم يكن لهم فيها شئ فاشتركوا فيها مع بنى الام فى ثلثهم وتلك الفريضة امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها واخوتها لامها واخوتها لامها وأبيها فكان لزوجها النصف ولامها السدس ولاخوتها لامها الثلث فلم يفضل شئ بعد ذلك فيشترك بنو الاب والام فى هذه

الفريضة مع بني الأم في ثلثهم فيكون للذكر مثل حظ الأنثى من أجل انهم كلهم اخوة المتوفى لأمه وانما ورثوا بالأم وذلك ان الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فلذلك شركوا في هذه الفريضة لانهم كلهم اخوة المتوفى لأمه ﴾ ش وهذا كما قال انه اذا كان مع الأخوات أخ فانهن يرثن بالتعصيب ما فضل عن الفروض ولا يرثن بالفرض لان حكم التعصيب قد غلب عليهن فصار ذلك حكمهن ولا خلاف في ذلك الا في المسئلة التي ذكرها وهي المسئلة التي تسمى المشركة لتشريك الاخوة للأب والأم مع الاخوة للأم في الثلث وتسمى الحمارية لان الاخوة للأب والأم قالوا هب ان أبانا كان حمارا على وجه الاخبار عن تساوي الاخوة للأب والام والاخوة للأم في الأولى بالام وهذا مذهب مالك والشافعي وأما أبو حنيفة فيجعل الثلث للاخوة للأم دون الاخوة للأب والأم حين لم تبق لهم الفرائض شيأ واختلف في ذلك عمر وزيد بن ثابت وابن عباس وقال عمر حين قضى في العام الأول فلم يشرك وقضى في العام الثاني فشرك تلك على ما قضيناه وهذه على ما قضينا وقال وكيع اختلف فيها عن جميع الصحابة الا عن علي فانه لم يختلف عنه انه لم يشرك بينهما واستدل من قال بالتشريك بما استدل به مالك من قول الله تبارك وتعالى وان كان رجل يورث كلالة الآية قال مالك فلذلك شوركوا في هذه الفريضة لانهم كلهم اخوة للمتوفى لأمه وهو سبب ميراث جميع الاخوة لا يخرج الاخوة للأب والأم مناسبتهم المتوفى بالأب عن أن يكونوا اخوته لامه فتحمل الآية على عمومها في كل أخ لام سواء كان أخا لاب أو لم يكن والاب لا يزيد ما بينهما ضعفا بل يزيده قوة وتأكيدا ومن جهة القياس ان هذه فريضة فيها اخوة لام واخوة لاب وأم لو انفرد أحدهما ورث فاذا ورث الاخ من الام وجب أن يترك الاخ من الاب والام أصل ذلك اذا لم يكن في الفريضة أم وعندي ان نفي التشريك أقيس وأظهر والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الشركة لا تصح الا بأربعة شروط أن يكون فيها زوج وابنان من ولد الأم وأخ لاب وأم وتكون معهم أم أو جدة فان خرم شرط من هذه الاربعة لم تكن مشتركة والله أعلم

﴿ ميراث الاخوة للاب ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان ميراث الاخوة للاب اذا لم يكن معهم أحد من بني الأب والأم كمنزلة الاخوة للاب والأم سواء ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كانثاهم الا أنهم لا يشركون مع بني الأم في الفريضة التي شركهم فيها بنو الأب والأم لانهم خرجوا من ولادة الأم التي جمعت أولئك ﴾ ش وهذا كما قال ان الاخوة للاب عند عدم الاخوة للاب والأم بمنزلتهم في الميراث والحجب يحيط ذكرهم بجميع المال ويكون له ما فضل بعد الفرض وأنثاهم لها النصف وللاثنتين فازاد الثلثان الا انهم لا يكون حكمهم في المسئلة المشتركة حكم الاخوة للاب والأم لانهم لا يشركون الاخوة للام لانهم لا يدلون بمثل سببهم ص ﴿ قال مالك فان اجتمع الاخوة للاب والأم والاخوة للاب فكان في بني الأب والأم ذكر فلا ميراث لاحد من بني الأب وان لم يكن بنو الأب والأم الا امرأة واحدة أو أكثر من ذلك من الاناث لا ذكر معهن فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والأم النصف ويفرض للاخوات للاب السدس تتمة الثلثين فان كان مع الاخوات للاب ذكر فلا فريضة لهن ويبدأ بأهل الفرائض

الفريضة مع بني الام في ثلثهم فيكون للذكر مثل حظ الانثى من أجل انهم كلهم اخوة المتوفى لامه وانما ورثوا بالام وذلك أن الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فلذلك شركوا في هذه الفريضة لأنهم كلهم اخوة المتوفى لامه

﴿ ميراث الاخوة للاب ﴾

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن ميراث الاخوة للاب اذا لم يكن معهم أحد من بني الاب والام كمنزلة الاخوة للاب والام سواء ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كانثاهم الا أنهم لا يشتركون مع بني الام في الفريضة التي شركهم فيها بنو الأب والام لأنهم خرجوا من ولادة الام التي جمعت أولئك قال مالك فان اجتمع الاخوة للاب والام والاخوة للاب فكان في بني الأب والام ذكر فلا ميراث لأحد من بني الاب وان لم يكن بنو الاب والام الا امرأة واحدة أو أكثر من ذلك من الاناث لا ذكر معهن فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والام النصف ويفرض للاخوات للاب السدس تتمة الثلثين فان كان مع الاخوات للاب ذكر فلا فريضة لهن ويبدأ بأهل الفرائض

المسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شئ فلا شئ لهم فان كان الاخوة للاب والام امرأتين فاكثر من الاناث فرض لهن الثلثان ولا ميراث معهن للاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لأب فان كان معهن أخ لأب بدئ بمن شركهم بفريضة مسماة فأعطوا فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شئ فلا شئ لهم ✱ قال مالك ولبني الام مع بني الأب والام ومع بني الأب للواحد السدس وللاثنين فصاعدا الثلث للذكر مثل حظ الانثى هم فيه بمنزلة واحدة سواء

المسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شئ فلا شئ لهم فان كان الاخوة للاب والأم امرأتين فاكثر من ذلك من الاناث فرض لهن الثلثان ولا ميراث معهن للاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لأب فان كان معهن أخ لأب بدئ بمن شركهم بفريضة مسماة فاعطوا فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الأنثيين وان لم يفضل شئ فلا شئ لهم ✱ ش وهذا كما قال ان الأخ للاب والأم يحجب الاخوة للاب جملة وأما الاخت للام والأب فانها تحجبهم عن النصف فان كان معها أخت أو أخوات لأب كان لهم السدس تكملة الثلثين لانه فرض الأخوات للاب والأم والأخوات للاب فاذا احجبتهم الأخت للاب والأم عن النصف بقي لهن السدس تكملة الثلثين والواحدة والجماعة فيها سواء فاذا كان الأخوات للاب والام اثنتين فزائدا فحجبن ميراث الاخوات للاب من الفرض جملة لانهن قد استكملن الثلثين الذي هو فرضهن اذا انفردن فلم يبق من فرضهن ما يرثن فان كان مع الاخت للاب والأم أو الاخوات أخ لاب ورث الباقي بالتعصيب واحدا كان أو جماعة فان كان معه أخت عصبها فورثت معه الباقي عن فرض الاخت أو الاخوات بالتعصيب وليس في الرجال من يعصب أخته غير الاخ للاب والأم والأخ للاب والابن وابن الابن وليس فيهم من يعصب عمته غير ابن الابن ص ✱ قال مالك ولبني الام مع بني الاب والأم ومع بني الأب للواحد السدس وللاثنين فصاعدا الثلث للذكر مثل حظ الأنثى هم فيه بمنزلة واحدة سواء ✱ ش وهذا كما قال ان الاخوة للام يرثون مع الاخوة للاب والأم والاخوة للاب لانهم من أهل الفروض فوجب تقديمهم في الميراث على العصبة الذين لا يدلون بهم وانما يدلون بمثل قربهم ولا يلزم على هذا الجد مع الأب لان الجد يدلي به ولا يلزم عليه الاخت مع الأب لانها تدلي به ولا يلزم عليه الاخ للاب مع الاب لانه لا يدلي بمثل قرابته لان الاب يدلي بالابوة والاخ يدلي بالاخوة ولا يلزم عليه الاخت للاب مع الاخ للاب والام لان الاخ يعصبها ثم يكون أولى منها لقرابته بالام وأما الاخ للام فانه لا يرث الا بالفرض

✱ ميراث الجد ✱

✱ حدثني يحيي عن مالك عن يحيي بن سعيد انه بلغه أن معاوية بن أبي سفيان كتب الى زيد بن ثابت يسأله عن الجد فكتب اليه زيد بن ثابت انك كتبت الى تسألني عن الجد والله أعلم وذلك مما لم يكن يقضي فيه الا الامراء يعني الخلفاء وقد حضرت الخليفتين قبلك فيعطيانه النصف مع الاخ الواحد والثلث مع الاثنين فان كثرت الاخوة لم ينقصوه من الثلث

ص ✱ يحيي عن مالك عن يحيي بن سعيد أنه بلغه أن معاوية بن أبي سفيان كتب الى زيد بن ثابت يسأله عن الجد فكتب اليه زيد بن ثابت انك كتبت الى تسألني عن الجد والله أعلم وذلك مما لم يكن يقضي فيه الا الامراء يعني الخلفاء وقد حضرت الخليفتين قبلك فيعطيانه النصف مع الاخ الواحد والثلث مع الاثنين فان كثرت الاخوة لم ينقصوه من الثلث ✱ ش قوله ان معاوية كتب الى زيد يسأله عن الجد كلام محتمل لان في الجد مسائل كثيرة في المواريث وغيرها الا انه استجاز حذف السؤال لما في الجواب من الدلالة عليه وقول زيد انك كتبت الى تسألني عن الجد والله أعلم رد العلم الى الله تبارك وتعالى واعتراف بأن طريق اثبات حكمه الاجتهاد وغلبة الظن دون القطع وذلك انه لم يسمع من النبي صلى الله عليه وسلم نصا يقع له به العلم ولا بلغه عنه فيه خبر متواتر وقوله وذلك مما لم يقض فيه الا الامراء يعني بخبر صحيح من خبر الآحاد يتضمن حكمه وانه لم يتقدمهم فيه حكم عن النبي صلى الله عليه وسلم يكون حكمهم فيه اتباعا له ثم أخبره بما عنده في ذلك من العمل الذي يرجع الى مثله من قضاء أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وذلك بعد المشاورة فيه والمراجعة واستحسان ما نقل عنهما من حكمه وتغليبه على حكم خالفه على أن الصحابة قد اختلفت في ذلك اختلافا عظيما فروى عن أبي بكر وعمر

و جماعة من الصحابة انهم أقاموه مقام الاب وحجبوا به الاخوة و به قال أبو حنيفة و روى عن عمر الرجوع فى ذلك قال الشعبي أول جد ورث فى الاسلام عمر بن الخطاب مات ابن لعاصم بن عمر وترك أخوين فأراد عمر أن يستأثر بماله فاستشار عليا وزيدا فى ذلك فمثلا له مثلا فقال لولا ان رأيكما اجتمع ما رأيت أن يكون ابنى ولا أكون أباه وكان زيد وابن مسعود يقاسمان الجد بالاخوة الا أن تنقصه المقاسمة من الثلث فيفرضانه له فان كان معهم زوج أو زوجة أو أم أو جدة أعطيا الجد الاوفر من المقاسمة أو ثلث ما بقى بعد فرض ذوى السهام أو سدس جميع المال و به قال الاوزاعى ومالك والشافعى والثورى والدليل على صحة هذا القول قول الله تبارك وتعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون ولم يفرق بين أن يكون فيهم جد ولا يكون فيهم جد فان قيل انما يعنى بذلك أهل الفروض بدليل قوله تعالى مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا فالجواب انه ليس معنى قوله مفروضا مقدرا وانما معناه واجب وثابت والاخوة مع الجد لهم سهم ثابت ودليلنا من جهة القياس ان هذا ذكر يعصب اخته فلم يحجبه الجد عن جميع الميراث كالابن (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الجد يسقط بنى الاخوة من الميراث هذا قول الجمهور الا ما روى عن الشعبي عن على رضى الله عنه انه أجرى بنى الاخوة مع الجد فى المقاسمة مجرى الاخوة ولا نعلم أحدا من الصحابة قال به غيره والدليل على صحة ما نقوله ان هذا ذكر لا يعصب اخته فلم يقاسم الجد كالعم وابن العم ص ﴿مالك عن ابن شهاب عن قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرض للجد الذى يفرض الناس له اليوم﴾ ش يحتاج فى معرفته الى أن يعلم ما كان يفرض الناس له من يوم قاله قبيصة ابن ذؤيب ومعنى ذلك والله أعلم ما تقدم من قول زيد فيه لان قبيصة مدنى وقال ذلك بالمدينة و بقول زيد كان حكم أهل المدينة فى ذلك والله أعلم وسيأتى بعد هذا ان شاء الله عز وجل ذكر الجد وميراثه وذكر اختلاف الناس فيه ص ﴿ مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار انه قال فرض عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت للجد مع الاخوة الثلث ﴾ ش قوله انهم فرضوا للجد مع الاخوة الثلث يحتمل وجهين أحدهما أن يريد انهم قدروا له تقديرا لا ينقص منه وان جاز أن يزاد عليه فيكون يرث بالفرض مع الاخوة الثلث وان حصل أكثر من ذلك فبالتعصيب مع الفرض أو بالانتقال من الفرض الى التعصيب والوجه الثانى أن يريد بذلك انهم أوجبوا له الثلث وذلك ان الجد يقاسم الاخوة للاب والام أو للاب ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث فان نقصته من الثلث أوجبوا له الثلث فاذا كان مع الاخوين فالفرض والمقاسمة سواء واذا كان مع ثلاثة من الاخوة فالفرض أفضل له من المقاسمة فيعطى الثلث وان كان مع أخ واحد فالمقاسمة أفضل لان النصف يحصل له فيعطى النصف هذا مذهب زيد فيه قاله مالك والاوزاعى والشافعى و روى عن ابن مسعود مثل ذلك و روى عنه انه قاسم الاخوة بالجد الى سبعة والى ثمانية و روى عن عمران بن حصين وأبى موسى انهما قاسما الى اثنى عشر والدليل على صحة ما ذهبنا اليه ان الاخوة للام يستحقون مع الاخوة للاب والام ومع الاخوة للاب الثلث والجد يحجب الاخوة للام عن ذلك الثلث فكان أولى به من الاخوة للاب والام والاخوة للاب وهو يشاركهم فيما زاد والله أعلم واحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الجد يرث الثلث مع الاخوة بالفرض وما زاد على ذلك يرثه بالتعصيب فلذلك لا ينقص من الثلث وثبت له بذلك حالة من حالات الأب يرث بالفرض السدس وسائر المال بالتعصيب فان قيل كيف يكون فرضه الثلث وهو انما يستفيد ذلك من الأب والأب فرضه السدس فالجواب ان الأب فرضه السدس مع الابن

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب فرض للجد الذى يفرض الناس له اليوم * وحدثنى عن مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار انه قال فرض عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت للجد مع الاخوة الثلث

لايرث مع الاب دنيا شيأ وهو يفرض له مع الولد الذكر ومع ابن الابن الذكر السدس فريضة وهو فيما سوى ذلك مالم يترك المتوفى أخا أو اختا لابيه يبدأ بالجد ان شركه بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس فما فوقه كان له وان لم يفضل من المال السدس فما فوقه فرض للجد السدس فريضة * قال مالك والجد والاخوة للاب والام اذا شركهم أحد بفريضة مسماة يبدأ بمن شركهم من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم فما بقى بعد ذلك للجد والاخوة من شئ فانه ينظر أى ذلك أفضل لحظ الجد أعطيه الثلث مما بقى له وللاخوة أو يكون بمنزلة رجل من الاخوة فيما يحصل له ولم يقاسمهم بمثل حصة أحدهم أو السدس من رأس المال كله أى ذلك كان أفضل لحظ الجد أعطيه الجد وكان ما بقى بعد ذلك للاخوة للاب والام للذكر مثل حظ الانثيين الا فى فريضة واحدة تكون قسمتهم فيها على غير ذلك

وابن الابن ومع ذى الفروض وهذه حال الجد وأما الاخوة فان الأب يسقطهم جملة فلا يرثون معه ويفرض للجد معهم الثلث فكانت حاله أضعف من حال الأب الذى يسقطهم رأسا ولا يمتنع أن يكون له فرضان يرث بهما الثلث مع الاخوة والسدس مع ذوى الفروض كالأم ص * قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان الجد أبا الأب لا يرث مع الأب دنيا شيأ وهو يفرض له مع الولد الذكر ومع ابن الابن الذكر السدس فريضة وهو فيما سوى ذلك مالم يترك المتوفى أخا أو أختا لابيه يبدأ بالجد ان شركه بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس فما فوقه كان له وان لم يفضل من المال السدس فما فوقه فرض للجد السدس فريضة * ش وهذا كما قال ان الجد يحجبه الأب ويرده الابن وابن الابن الى أقل فرضه وهو السدس وكذلك مع ذوى الفروض المستغرقة للمال أو المستغرقة لخمسة أسداسه فان فضل منه بعد الفروض أكثر من السدس فهو له بالتعصيب ان لم يكن له اخوة يقاسمونه فعلى ما ذكرناه بعد هذا ص * قال مالك والجد والاخوة للاب والام اذا شركهم أحد بفريضة مسماة يبدأ بمن شركهم من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم فما بقى بعد ذلك للجد والاخوة من شئ فانه ينظر أى ذلك أفضل لحظ الجد أعطيه الثلث مما بقى له وللاخوة أو يكون بمنزلة رجل من الاخوة فيما يحصل له ولم يقاسمهم بمثل حصة أحدهم أو السدس من رأس المال كله أى ذلك كان أفضل لحظ الجد أعطيه الجد وكان ما بقى بعد ذلك للاخوة للاب والأم للذكر مثل حظ الانثيين الا فى فريضة واحدة يكون قسمهم فيها على غير ذلك وتلك الفريضة امرأة توفيت فتركت زوجها وأمها وأختها لامها وأبيها وجدها فللزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس وللاخت للاب والأم النصف ثم يجمع سدس الجد ونصف الاخت فيقسم أثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين فيكون للجد ثلثاه وللاخت ثلثه * ش وقوله فى الاخوة والجد اذا شاركهم أحد من أهل الفروض انه يبدأ بأهل الفروض انما يريد فيما يقاسم فيه الجد الاخوة بالتعصيب وأما فى فرضه الذى هو السدس فانه يبدأ به أيضا وان لم يبق شئ فان الجد لا ينقص من السدس ولا يقدم عليه فى ذلك السدس أحد من أهل الفروض وهم البنت وما زاد على ذلك من البنات والزوج والزوجة والأم والجدة فان بقى شئ بعد ذلك نظرنا للجد أفضل ثلاثة أحوال أحدها السدس من جميع التركة الذى هو فرضه مع أهل الفروض وهو أقل فرضه والثانى ثلث ما بقى له وللاخوة لأن ذلك فرضه مع الاخوة فاذا أضيف سدسه الى ما فضل عن سهام ذوى الفروض وكان ثلث ذلك أكثر من سدس جميع التركة أعطيه لان نصيبه من التركة وما فضل عن سهام ذوى الفروض لا يشاركه فيهما أحد غير الاخوة فصار ذلك بمنزلة تركة انفرد معهم فيها فكان له ثلثها والثالث مقاسمة الاخوة فان كان ما أعطيه بالمقاسمة زائدا على الفرضين المتقدمين أخذه بالتعصيب وان لم يفضل شئ رجع الى الفرض وقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله وما كان بعد ذلك للاخوة للاب والأم للذكر مثل حظ الأنثيين الا فى فريضة واحدة وذكرها الى آخر الفصل يريد ان المقاسمة اذا كانت أضر على الجد أعطى الثلث أو السدس فان ما فضل بعد ذلك يكون بين الاخوة والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين والمسئلة التى استثناها هى امرأة توفيت وتركت أما وزوجا وجدا وأختا لأب وأم فان المشهور عن زيد انه قال أصلها من ستة وتعول الى تسعة يفرض للاخت النصف بثلاثة وللزوج النصف بثلاثة وللام الثلث بسهمين

وتلك الفريضة امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وأختها لامها وأبيها وجدها فللزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس وللاخت للام والاب النصف ثم يجمع سدس الجد ونصف الاخت فيقسم أثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين فيكون للجد ثلثاه وللاخت ثلثه

وللجد السدس بسهم وبهذا قال مالك وروى عن الشعبي انه قال سألت قبيصة بن ذؤيب عن قضاء زيد في ذلك فقال والله ما فصل زيد ذلك وهو من أعلمهم بقضاء زيد يعني ان أصحاب زيد قاسوا على قوله وقال أبو الحسن بن اللبان الفرضي ان لم تصح هذه الرواية عن زيد فقياس قوله أن يكون للزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس وتسقط الاخت كما سقط الأخ لو كان بدل الأخت لان الأخ والأخت سبيلهما واحد في قول زيد لانهما عنده مع الجد عصبة ووجه المشهور عن زيد أن حال الجد مع الاخوة يتنوع على حالين أحدهما يرث بالفرض والثاني بالتعصيب فيجب أن يكون ذلك حال الاخوات معه فيكون تارة يعصبهن وتارة لا يعصبهن ويجب أن يكون موضع لا يعصبهن فيه حيث لا يبقى من الميراث ما يكون لهن فلا يتعدى تعصيبه اليهن واذا كن أختين وبقي من الميراث ما يكون لهن ووقعت المقاسمة بينهن وبين الجد تعدى تعصيبه اليهن فلم تعل فريضتهن وهذه المسئلة يسميها أصحابنا الغراء وقد رأيت جماعة من أهل الفرائض يسمونها العداء وقال أبو غالب خباب ابن عبادة لا ترث الأخت مع جد الا في هذه المسئلة فسميت الغراء وهي الاكدرية أيضا وكذلك يسميها جمهور أهل الفرائض الاكدرية وقيل انها سميت بذلك لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا يقال له الأكدر فأخطأ فنسبت اليه وقال سميت بذلك لتكدر الأقوال فيها (فرع) اذا ثبت ذلك فقد اختلف علي وزيد في هذه الفريضة فقال علي لكل واحد منهم ما أوجبت له الفريضة وقال زيد يجمع ثلاثة سهام الأخت وسهم الجد فيقسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين وبهذا قال مالك ووجه ذلك أن الأخت انما انتقلت الى الفرض حين لم يكن الجد يعصبها فاما عيل لها وصار لها سهم رجع الى تفضيلها (فرع) ولا تعال فريضة الأخت مع جد الا في هذه المسئلة خاصة ولو كان فيها أختان لبطل العول وذلك بان يترك المتوفى زوجا وأما وجدا وأختين لأب وأم أو لأب فان للزوج النصف ثلاثة أسهم وللام السدس سهم وللجد السدس سهم لانه أفضل له من ثلث ما بقي وهو مثل المقاسمة وللاختين السدس لان الجد يعصبهم فيصيرون معه كالاختين مع الأخ والفرق بين هذه المسئلة وبين الاكدرية ما قدمناه من الاخوات لما ورثن في هذه المسئلة من نفس المال تعدى تعصيب الجد اليهن بنفس الفرض وليس كذلك في المسئلة الاكدرية فانه لم تبق الفرائض للاخت شيأ فلم يتعد تعصيب الجد اليها فوجب ردها الى الفرض حين لم يعصبها الجد (مسئلة) فان أحاط بالميراث أم وأخت وجد فعلى مذهب زيد للام الثلث والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وهذه المسئلة تسمى الخرقاء وروى عن عمر وابن مسعود للاخت النصف وللام ثلث ما بقي وما بقي للجد وروى عن عبد الله أنه قال للاخت النصف وللام والجد الباقي بنصفين وهذه من مربعات عبد الله وروى عن عثمان انه قال للام الثلث وللاخت الثلث وللجد الثلث وهي تسمى مثلثة عثمان وقال علي للام الثلث وللاخت النصف والباقي للجد وجه قول زيد أن للام الثلث لأنه فرضها مع الاخ الواحد والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين لانه اذا ورثت معه عصبها فصار كالاخ معها والله أعلم (مسئلة) فان كان مع الجد والاخوة بنت أو بنات فان عليا يجعل للجد السدس بالفرض ويجعل التعصيب للاخوة والاخوات وزيد وعبد الله يقاسمان الجد بالاخوة الا أن تنقصه المقاسمة من الثلث فانهم يفرضانه له وذلك في بنت وأخت وجد ففي قول علي للبنت النصف وللجد السدس والباقي للاخت الا أن زيدا يجمع حظ الاخت والجد فيقسمانه للذكر مثل حظ الانثيين ووجه ذلك انهما يرثان بالتعصيب لان الاخوة انما ترث مع البنات بالتعصيب فوجب أن

* قال مالك وميراث الاخوة للاب مع الجد اذا لم يكن اخوة لاب كميراث الاخوة للاب والام سواء ذكرهم كذكرهم وانثاهم كانثاهم فاذا اجتمع الاخوة للاب والام والاخوة للاب فان الاخوة للاب والام يعادون الجد باخوتهم لابيهم فيمنعونه بهم كثرة الميراث بعددهم ولا يعادونه بالاخوة للام لانه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا معه شيأ وكان المال كله للجد فما حصل للاخوة من بعد حظ الجد فانه يكون للاخوة من الاب والام دون الاخوة للاب ولا يكون للاخوة للاب معهم شئ الا أن يكون الاخوة للاب والام امرأة واحدة فان كانت امرأة واحدة فانها تعاد الجد باخوتها لأبيها ما كانوا فما حصل لهم ولها من شئ كان لها دونهم ما بينها وبين أن تستكمل فريضتها وفريضتها النصف من رأس المال كله فان كان فيما يحاز لها ولاخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لابيها للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ فلا شئ لهم

يقتسما للذكر مثل حظ الانثيين كالاخوة والاخوات ص * قال مالك وميراث الاخوة للاب مع الجد اذا لم يكن اخوة لأب كميراث الاخوة للاب والأم سواء ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كأنثاهم فاذا اجتمع الاخوة للاب والأم والاخوة للاب فان الاخوة للاب والأم يعادّون الجد باخوتهم لأبيهم فيمنعونه بهم كثرة الميراث بعددهم ولا يعادّونه بالاخوة للام لانه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا معه شيأ وكان المال كله للجد فما حصل للاخوة من بعد حظ الجد فانه يكون للاخوة مع الأب والأم دون الاخوة للاب ولا يكون للاخوة للاب معهم شئ الا أن يكون الاخوة للاب والأم امرأة واحدة فان كانت امرأة واحدة فانها تعادّ الجد باخوتها لأبيها ما كانوا فما حصل لهم ولها من شئ كان لها دونهم ما بينها وبين أن تستكمل فريضتها وفريضتها النصف من رأس المال كله فان كان فيما يحاز لها ولاخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لأبيها للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ فلا شئ لهم * ش وهذا كما قال ان حال الاخوة للاب مع الجد عند عدم الأب والأم كحال الاخوة للاب والأم ذكر الاخوة للاب كذكر الاخوة للاب والأم وأنثاهم كأنثاهم ووجه ذلك ان حالهم في انفراد الذكور أو انفراد الاناث أو اجتماع الذكور والاناث كحالهم فوجب أن يكون حالهم كحالهم الا أن يكون هناك من يحجبهم

(فصل) وقوله فاذا اجتمع الاخوة للاب والأم والاخوة للاب فان الاخوة للاب والأم يعادون الجد باخوتهم لابيهم فيمنعونه كثرة الميراث فما أصاب الاخوة للاب والأم والاخوة للاب لمقاسمة الجد فان جميعه للاخوة للاب والأم دون الاخوة للاب هذا مذهب زيد وبه قال مالك وقال علي وابن مسعود يقسمان المال بين الجد والاخوة للاب والأم دون أن يعاد بالاخوة للاب وذلك في جد وأخ لأب وأم وأخ لاب ففي قول علي وعبد الله للجد النصف وللاخ للاب والام النصف وفي قول زيد المال بين الجد والأخ للاب والأم والأخ للاب أثلاثا ثم يرد الأخ للاب على الأخ للاب والأم سهمه فيصير للجد الثلث وللاخ للاب والأم الثلثان ووجه هذا القول ان الأخ للاب لا يحجبه الجد وانما يحجبه من يقاسم الجد فوجب أن يحتسب به عليه وينقص الجد به من موروثه كالاخوة مع الأب والأم لما لم تحجبهم الأم ويحجبهم الأب فانه يحتسب بهم على الأم ويردها بهم من الثلث الى السدس

(فصل) وقوله ولا يعادونه بالاخوة للام لأنه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا معه شيأ وكان المال للجد كله يريد أن الاخوة للاب والأم لا يحتسبون على الجد بالاخوة للام ووجه ذلك ما احتجوا به من أن الجد يحجبهم عن الميراث فلذلك لم يعاد بهم ولم يدخلوا عليه نقصا وليس كذلك الاخوة للاب فان الجد لا يحجبهم فجاز أن يدخلوا نقصا عليه ووجه آخر وهو أن الاخوة للام لا يرثون الا بالفرض والمقاسمة تقتضي التعصيب فلا يجوز أن يستجر به الفروض

(فصل) وقوله الا أن يكون الاخوة للاب وللام امرأة واحدة فانها تعاد الجد باخوتها لابيها ثم يكون أحق بذلك حتى تستكمل فريضتها وهو نصف جميع المال فان فضل شئ كان لاخوتها لابيها هذا مذهب زيد واليه ذهب مالك وكان علي يفرض للاخت للاب والأم النصف ويجعل الباقي بين الجد والاخوة للاب ما لم تنقص المقاسمة الجد من السدس فان نقص فرض له السدس وكان ابن مسعود يسقط الاخوة للاب مع الجد والاخت للاب والام وذلك في أخت لاب وأم وأخ لاب وجد ففي قول علي للاخت النصف والباقي بين الجد والاخ للاب بنصفين تصح المسئلة من أربعة وفي قول ابن مسعود للاخت النصف وللجد النصف تصح المسئلة من اثنين وفي قول زيد للاخت والاخ ثلاثة

سهام من خمسة وللجد سهمان ثم يرد الاخ على الاخت تمام النصف فيصح من عشرة للجد أربعة وللاخت خمسة وللاخ سهم وجه ماقاله زيد ان هذه حالة تعصيب فوجب أن يعاد فيها الجد بالاخوة للاب كحالة انفرادهم معه ووجه آخر أن الاخت لما كانت تعاد الجد بالاخوة وجب أن تعادبهم على وجه التعصيب لانهما لايرثان الاعلى وجه التعصيب فاذا انفردت معه في القسمة رجعت الى الفرض لان هذا حكم مقاسمتها له وحكم مقاسمتها مخالف لحكم مقاسمتها به وهذا كما يقول في الاب والام والاخوة ان حكم حجب الاب للاخوة مخالف لحكم حجبه بهم الام من الثلث الى السدس (مسئلة) فان كان مع الاخت للاب والام أخوات لاب فان عليا وعبد الله يجعلان النصف للاخت للاب والام والسدس للاخت للاب والباقي للجد وزيد يجعل للجد الافضل من المقاسمة أو الثلث ثم يجعل للاخت للاب والام النصف فان فضل شئ كان للاخوات للاب وان لم يفضل شئ فلا شئ لهن (مسئلة) فان كان جد وأخت لاب وأم وأخ وأخت لاب ففي قول زيد الثلث للجد والثلثان بين الاخت للاب والام والأخ والأخت للاب ثم تأخذ الأخت للاب والأم من ذلك النصف فيبقى السدس للاخ والاخت للاب للذكر مثل حظ الانثيين

﴿ ميراث الجدة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عثمان بن اسحق بن خرشة عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها فقال لها أبو بكر مالك في كتاب الله شئ وماعلمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيأ فارجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة الأنصاري فقال مثل ماقال المغيرة فأنفذه لها أبو بكر الصديق ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله شئ وما كان القضاء الذي قضى به الا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيأ ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها ﴾ ش وقوله جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق رضي الله عنه تسأله ميراثها يحتمل أن يريد تسأله الحكم لها ويحتمل أن يريد تسأله بمعنى تستفتيه في مسئلتها وقوله مالك في كتاب الله شئ وماعلمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيأ اخبار منه بعدم النص من الكتاب والسنة في حكمها لانهما المقدمان في طلب الأحكام وقوله فارجعي حتى أسأل الناس يحتمل أن يكون سألهم عن النص لتجويزه في أن يكون عندهم في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم مالم يحضره وهذا من تحفظه وتوقيه أن لايعمل نظره واجتهاده وقياسه وان عدم النص حتى يطلبه حيث رجوعه من الناس وذلك لازم لكل مفت أو حاكم جوز وجود نص أن يسأل عنه ويبحث في طلبه وهذه سنة في مشاورة العالم العلماء طلبا للنص ويحتمل أن يكون سألهم على سبيل المشاورة لهم والتعاون بآرائهم ونظرهم لينظر فيما يظهر لهم من ذلك على حسب مايفعله العالم اذا أراد الفتيا بحضرة العلماء أن الحاكم اذا أراد انفاذ الحكومة فمن الحزم له والتناهي في الاجتهاد أن يسأل من يحضره من أهل العلم فربما ظهر له من آرائهم أفضل مما ظهر اليه مايقوى في ظنه صحة ماظهر اليه اذا وقف على جميع ماظهر اليهم ورأى ماعنده أفضل ورأى اعتراضهم على ماعنده غير صحيح أو تسليمهم لقوله واقرارهم صحته والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الجدة ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن ابن شهاب عن عثمان ابن اسحاق بن خرشة عن قبيصة بن ذؤيب انه قال جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها فقال لها أبو بكر مالك في كتاب الله شئ وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيأ فارجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة الانصاري فقال مثل ماقال المغيرة فأنفذه لها أبو بكر الصديق ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله شئ وما كان القضاء الذي قضى به الا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيأ ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها

(فصل) وقوله فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس قول مجمل الا ان يكون معناه فرض للوارثة من الجدات اذا لم تحجب السدس فرضا لا زيادة عليه ولا ينقص منه الا بالعول فيكون ذلك عاما فى الجدات الا ما خصه الدليل وذلك بان سأل أبو بكر عن الجدة فأجابه بذلك المغيرة ويكون معنى أعطاها السدس أى فرض لها السدس ويحتمل أن يكون أبو بكر انما سأل عن الجدة التى عادت تسأله من عرف حالها وأى الجدات هى فقال المغيرة أعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس يعنى تلك الجدة دون غيرها من الجدات وقول عمر بعد هذا وما كان القضاء الذى قضى به الا لغيرك يحتمل أن يريد ان الجدة التى كانت بسبب سؤال أبى بكر الناس أو بسبب قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم للجدات بالسدس غير المرأة التى أتت عمر بعد ذلك ويحتمل أن يريد به غير هذا النوع من الجدات وقد روى ابن وهب من طريق ليس بالقوى ان الجدة التى أعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس هى أم الأم قال فلذلك اذا كانت هى أقرب حازته وان كانت هى أبعد شاركت فيه واما التى ورث أبو بكر فلما كان عمر جاءته هى الجدة أم الأب فقال لها ما أجد لك فى كتاب الله عز وجل شيأ وسأل الناس قال فلم أجد أحدا يخبرنى بشئ فقال غلام من بنى حارثة لم لا تورثها يا أمير المؤمنين وهى لو تركت الدنيا وما فيها ورثها وهذه لو تركت الدنيا وما فيها لم يرثها ابن ابنها فورثها عمر وقال ان الله تعالى ليجعل فى الجدات خيرا كثيرا ثم ورث زيد بن ثابت بعد الثالثة

(فصل) وقول أبى بكر للمغيرة لما أخبره بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك هل معك غيرك على معنى التثبت وطلب تقوية غلبة الظن لا على معنى رد حديثه لأن المغيرة من فضلاء الصحابة وفقهائهم فلا يرد حديث مثله ولو لم يوجد معه غيره لأمضاه أبو بكر ولكنه طلب رواية غيره فى ذلك ليعلم الاتفاق عليها لأن ذلك أبعد من السهو والغلط وربما وجد ما يعدل به عن ظاهره بالتأويل ومن هذا قلنا انه يرجح فى الروايات بكثرة العدد فلما قال محمد بن مسلمة مثل ما قال المغيرة اتضح الأمر عنده وتناهى فيه اجتهاده لاخبار فاضلين من الصحابة عن النبى صلى الله عليه وسلم بذلك فى ملأ من الصحابة استدعاهم فى هذه القضية فلم يأت أحد منهم بخلافها فأنفذه لها أبو بكر رضى الله عنه

(فصل) وقوله ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه تسأله ميراثها يقتضى انهما جدتان وارثتان ولو كانت الوارثات من الجدات أكثر من ذلك لقال ثم جاءت الجدة الثانية أو لقال ثم جاءت جدة ثانية فأما هذا اللفظ بالتعريف فان ظاهره أن لا يستعمل الا فى الاثنين ووجه ذلك ان الألف واللام تقتضى التعريف فلو كان معهما من الجدات من يقع عليها هذا الاسم لم يصح أن يكون ذلك معرفة والى هذا ذهب مالك انه لا يرث من الجدات الا اثنتان أم الأم وأم الاب وأمهاتهما وان علون وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث وروى عن الشافعى انه يرث من الجدات ثلاث الجدتان المتقدمتان وأم أبى الاب وهو قول ابن مسعود وبه قال أبو حنيفة والاوزاعى وروى عن ابن عباس توريث أربع جدات المتقدمات وأم أبى الام وبه قال ابن سيرين وعطاء والدليل على منع توريث أم أبى الاب وأم أبى الام ما روى عن عمر فى هذا الحديث للجدة الاخرى وما أنا بزائد فى الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها فجعله لهما عند اجتماعهما وان لم يوجد فى الفريضة الا احداهما فهو لها دون غيرها من الجدات وأبو حنيفة يجعله لها ولأم أبى الاب واذا انفردت به احداهما لم يكن لها ولان أم أب الاب تشاركها فيه وهذا قول عمر

بحضرة الصحابة ولم ينكره عليه أحد ودليلنا من جهة القياس ان هذه جدة تدلى بالجد فلم ترث كالجدة أم أبى الاب واستدلال فى المسئلة وهوان جنبة الام فى الجدات أقوى من جنبة الاب بدليل أن الام تسقط الجدات أجمع والاب لايسقط الجدة أم الام ثم ثبت وتقرر انه لايرث من جنبة الام غير جدة واحدة فبان لاترث من جنبة الاب غير جدة واحدة أولى

(فصل) وقوله وما كان القضاء الذى قضى به الالغيرك يريد به القضاء الذى قضى به أبو بكر للجدة أم الام وقوله وماأنابزائد فى الفرائض شيأ يريد به القضاء الذى قضى به أبو بكر للجدة أم الام وقوله وماأنابزائد فى الفرائض شيأ يريد انه لايفرض للجدات سدسا غير السدس الذى فرضه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله ولكنه السدس يريد والله أعلم ان فرض الجدات انماهو السدس فقط واحدة كانت أو أكثر من ذلك لانه فرض ينفرد به النساء فصح الانفراد به والاشتراك فيه كربع الزوجات أوثمنهن

(فصل) وقوله فان اجتمعتا فهو بينكما يقتضى ان الوارثات من الجدات هما اثنتان ولذلك ذكرهما بلفظ التثنية وان كانت المخاطبة واحدة ولو ورث منهن جماعة لقال فان اجتمعتن فيه فهو بينكن وأيتكن خلت به فهو لها ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه قال أتت الجدتان الى أبى بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتى من قبل الام فقال له رجل من الانصار أما انك تترك التى لوماتت وهو حى كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما ﴾ ش قوله أتت الجدتان الى أبى بكر يريد أم الام وأم الاب ويحتمل أن يكونا أتيا فى موروث واحد وفى مورو ثين فأراد أبو بكر أن يجعل الموروث لام الام ولعله حمل حديث المغيرة وابن مسلمة أوفهم انها المراد به من قولهما فعارضه رجل من الانصار لما كان أبو بكر يستشير جماعة الناس ومن يوجد عنده العلم فى الاحكام بان الجدة أم الاب لها فى ذلك حق وآكد لسببها ووجه الموارثة بينها وبين المتوفى بانه يرثها وبيان ذلك ان قرابة الجدة قرابة يثبت بها التوارث فاذا كانت هذه القرابة ترث من لايرثها المتوفى فبان ترث بها من يرثها المتوفى أولى وأحرى ولا يلزم هذه العمة والخالة لان تلك قرابة لايورث بمثلها

(فصل) وقوله فجعل لها أبو بكر السدس بينهما يريد انه سوى بينهما فيه فجعله لهما على السواء ولم ير الجدة أم الأب أولى به من الجدة أم الأم لماذكره الأنصارى وأمارأى أبى بكر أن سبب أم الأم أقوى من وجه آخر وهو انها تدلى بالأمومة وجنبتها فى ميراث الجد أقوى من جنبة الأب لانها تدلى بمثل سببها كالجد للاب جنبته أقوى فى الميراث من جنبة الأم لان الجد للاب يدلى بمثل سبب الأب ص ﴿ مالك عن عبدربه بن سعيد ان أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام كان لايفرض الا للجدتين ﴾ ش قوله كان لايفرض الا للجدتين يريد أم الام وأم الاب وأمهاتهما واحدة وانه لايفرض لجدة غيرهما وقد روى عن على وزيد وابن عباس انهم ورثوا الجدات وان كثرن اذا كن فى درجة واحدة وقد تقدم من الكلام فى ذلك مايغنى عن اعادته وبالله التوفيق ص ﴿ قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا الذى لااختلاف فيه والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان الجدة أم الام لاترث مع الام دنية شيأ وهى فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة وان الجدة أم الأب لاترث مع الأم ولا مع الأب شيأ وهى فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان أم الاب وأم الام وليس للمتوفى دونهما أم ولا أب ﴿ قال مالك فانى سمعت أن أم الام ان كانت أقعدهما كان لها السدس دون أم الاب وان كانت أم الاب أقعدهما أوكانتا فى القعدد من المتوفى بمنزله سواء فان السدس بينهما نصفين ﴾ ش قوله ان

﴿ وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم ابن محمد أنه قال أتت الجدتان الى أبى بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتى من قبل الام فقال له رجل من الانصار اما انك تترك التى لوماتت وهو حى كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما ﴿ وحدثنى عن مالك عن عبد ربه ابن سعيد أن أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام كان لايفرض الا للجدتين ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذى لااختلاف فيه والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن الجدة أم الام لاترث مع الام دنية شيأ وهى فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة وأن الجدة أم الاب لاترث مع الام ولا مع الاب شيأ وهى فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان أم الاب وأم الام وليس للمتوفى دونهما أب ولا أم قال مالك فانى سمعت أن أم الام ان كانت أقعدهما كان لها السدس دون أم الاب وان كانت أم الأب أقعدهما أوكانتا فى القعدد من المتوفى بمنزلة سواء فان السدس بينهما نصفين

الجدة أم الام لا ترث مع الأم شيأ قول متفق عليه لا اختلاف فيه لانها تدلى بالام وترث بمثل سببها فكانت محجوبة بها وأما الجدة أم الاب فهي أيضا محجوبة بالام لما ذكرناه من أنها تدلى بمثل سببها والام أقرب قرابة منها فوجب أن تحجبها والاب يحجب الجدة للاب خلافا لما روى عن ابن مسعود ووجه ذلك انها مما كانت تدلى به على وجه الولادة من غير أن يحجبها كما يحجب الجد أو انها وارثة تدلى بعاصب فوجب أن يحجبها العاصب كالعم والجد ولا يحجب الجدة للام لانها لا تدلى به ولا ترث بمثل سببه لانها ترث بالامومة وهو يرث بالابوة فلم يحجبها كما تحجب الام

(فصل) فاذا اجتمعت الجدتان أم الام وأم الاب ولم يكن من الابوين من يحجبهما أو احداهما فان كانتا في قعدد واحد فالسدس بينهما على السواء على حسب ما تقدم وان كانت احداهما أقرب فان كانت القربى من جهة الام بدرجة أو درجات حجبت البعدى وبهذا قال زيد وعلى وجمهور التابعين وروى النخعي والشعبي عن ابن مسعود انه قال السدس للقربى والبعدى اذا كانتا من جهتين مختلفتين فان كانتا من جهة واحدة فالسدس لاقربهن والدليل على ما قدمناه من أن الام تحجب أم الاب فكذلك أم الاب تحجب أم أم الاب (مسئلة) فان كانت القربى من جهة الاب بدرجة أو درجات فالسدس بينهما وهذه رواية خارجة بن زيد وابن المسيب عن زيد وبه قال مالك وهي احدى الروايتين عن الشافعي وروى عن على انه يجعل السدس للقربى وهي رواية النخعي والشعبي عن زيد وبه قال أبو حنيفة وهي الرواية الثانية عن الشافعي والدليل على صحة القول الأول ان الام لا تحجب أم الام فكذلك أم الاب لا تحجب أم الام وان من يرث بالام من جهة البنوة لا يسقط بمن يدلى بالاب من تلك الجهة وكذلك من يدلى بالام من جهة الامومة لا يسقط من يدلى بالاب من تلك الجهة

(فصل) وقوله فيفرض لها فيما سوى ذلك السدس يعني انه فرضها اذا انفردت وعلى هذا جمهور الفقهاء وروى ابن سيرين ان الجدات ليس لهن سهم وانما هي طعمة أطعمتها والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور ان الميراث لا يكون الا بفرض أو تعصيب وقد ثبت أن الجدة ليست من أهل التعصيب فلم يبق الا أن ترث بالفرض ص ❊ قال مالك ولا ميراث لاحد من الجدات الا للجدتين لانه بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدة ثم سأل أبو بكر عن ذلك حتى أتاه الثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ورث الجدة فأنفذه لها ثم أتت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب فقال لها ما أنا بزائد في الفرائض شيأ فان اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها ❊ قال مالك ثم لم نعلم أحدا ورث غير جدتين منذ كان الاسلام الى اليوم ❊ ش وهذا كما قال انه لا يرث من الجدات غير جدتين أم الام وأم الاب وأمهاتهما وقد تقدم ذكر ذلك وقوله وقد بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدة يريد بذلك انه لا يثبت ميراث الجدة الا بأحد هذين الأمرين وهو ما بلغ أبا بكر أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث الجدة وهي عنده أم الأم والثانية التي جاءت الى عمر فقال لها انما هو السدس فأيتكما خلت به فهو لها فان اجتمعتما فيه فهو بينكما وهي أم الأم وسائر الجدات لم يثبت لهن حق ولا ذكرهن عمر في قضائه للجدة بالميراث وانما ذكر جدتين بالتثنية فدل ذلك على اختصاص الحكم بهما وقول مالك ولم نعلم أحدا ورث غير جدتين مع ما قدمنا من الاختلاف في ذلك يحتمل أن يريد به انفاذه الحكم وان جاز أن يراه ابن مسعود وغيره ولكنه لم يبلغه انه أنفذ حكما به لأن القائل به كان يخالفه الجم الغفير فكان ينفذ الحكم بقول الجماعة دون قول الواحد ولذلك لم ينسب توريث أم أب الاب الى عبد الله وحده وتوريث أم أب الأم الى ابن عباس من طرق ليست بالقوية ولعل مالكا قد أراد أن

❊ قال مالك ولا ميراث لاحد من الجدات الا للجدتين لانه بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدة ثم سأل أبو بكر عن ذلك حتى أتاه الثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ورث الجدة فانفذه لها ثم أتت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب فقال لها ما أنا بزائد في الفرائض شيأ فان اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها ❊ قال مالك ثم لم نعلم احدا ورث غير جدتين منذ كان الاسلام الى اليوم

وسلم عن الكلالة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي أنزلت في الصيف آخر سورة النساء * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن الكلالة على وجهين فاما الآية التي أنزلت في أول سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فهذه الكلالة التي لا ترث فيها الاخوة للام حتى لا يكون ولد ولا والد وأما الآية التي في آخر سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى فيها يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين يبين الله لكم أن تضلوا والله بكل شئ عليم * قال مالك فهذه

ذلك لم يثبت عنده عن أحد من الأئمة وان ماروى من ذلك عن ابن مسعود وابن عباس لم يثبت عنهما والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الكلالة ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكلالة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي نزلت في الصيف في آخر سورة النساء ﴾ ش قوله ان عمر سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكلالة يحتمل أن يسأل عن حكمهم في الميراث ويحتمل أن يسأل عمن يستحق هذا الاسم من الورثة أو المورثين وقد روى عن أبي بكر وعمر وابن عباس الكلالة من لا ولد ولا والد وهذا يقتضي ان الكلالة الموروث على هذه الصفة وقوله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك آية الصيف يقتضي ان السؤال كان عن أحكام الوارثين وقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة ظاهره أنه يورث على هذا الحال والله أعلم وقد قيل ان الكلالة اسم للورثة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي نزلت في الصيف في آخر سورة النساء يريد قول الله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك الآية الى آخر السورة وهذه الآية نزلت في شأن جابر بن عبد الله بن عمرو السلمي فيما رواه ابن المنكدر عن جابر قال مرضت فأتاني النبي صلى الله عليه وسلم يعودني هو وأبو بكر ماشيين وقد أغمي علي فلم أكلمه فتوضأ فصب علي فأفقت فقلت يارسول الله كيف أصنع في مالي ولي أخوات فنزلت آية الميراث يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت وروى أبو اسحق عن البراء أن هذه آخر آية نزلت خاتمة سورة النساء يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان الكلالة على وجهين فاما الآية التي أنزلت في أول سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فهذه الكلالة التي لا ترث فيها الاخوة للام حتى لا يكون ولد ولا والد وأما الآية التي في آخر سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى فيها يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين يبين الله لكم أن تضلوا والله بكل شئ عليم * قال مالك فهذه الكلالة التي تكون فيها الاخوة عصبة اذا لم يكن ولد فيرثون مع الجد في الكلالة ﴾ ش وهذا كما قال ان الكلالة على ضربين عند كثير من العلماء * أحدهما من لا يرث مع الوالد وان علا والمولودين وان سفلوا كالاخوة للام وذلك ما تضمن حكمه الآية التي في أول سورة النساء وقد ذكر الله تعالى فيها الكلالة فقال وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فهؤلاء الاخوة من الأم خاصة فتى ما انفرد ذكرهم وأنثاهم فله السدس ومتى كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث * والوجه الثاني من الكلالة من لا يرث مع الابن وابن الابن ولا مع الأب ويرث مع الجد والبنت وبنت الابن وذلك ما تضمن حكمه الآية التي في آخر سورة النساء وقد ذكر الله فيها الكلالة أيضا فقال يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة فهؤلاء من الكلالة التي ذكرهم مخالف

 الكلالة التي تكون فيها الاخوة عصبة اذا لم يكن ولد فيرثون مع الجد في الكلالة

فالجد يرث مع الاخوة لأنه أولى بالميراث منهم وذلك انه يرث مع ذكور ولد المتوفى السدس والاخوة لا يرثون مع ذكور ولد المتوفى شيأ وكيف لا يكون كاحدهم وهو يأخذ السدس مع ولد المتوفى فكيف لا يأخذ الثلث مع اسخوة وبنو الأم يأخذون معهم الثلث فالجد هو الذى حجب الاخوة للام ومنعهم مكانه الميراث فهو أولى بالذى كان لهم لأنهم سقطوا من أجله ولوأن الجد لم يأخذ ذلك الثلث أخذه بنو الام فانما أخذ مالم يكن يرجع الى الاخوة للاب وكان الاخوة للام هم أولى بذلك الثلث من الاخوة للاب وكان الجد هو أولى بذلك من الاخوة للام

﴿ ماجاء فى العمة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن محمد بن أبى بكر بن محمد ابن عمرو بن حزم عن عبد الرحمن بن حنظلة الزرقى انه أخبره عن مولى لقريش كان قديما يقال له ابن مرى أنه قال كنت جالسا عند عمر بن الخطاب فلما صلى الظهر قال يا يرفا هلم ذلك الكتاب لكتاب كتبه فى شأن العمة فنسأل عنها ونستخبر عنها فأتاه به يرفا فدعا بتور أوقدح فيه ماء فمحا ذلك الكتاب فيه ثم قال لو رضيك الله وارثة اقرك لو رضيك الله اقرك * وحدثنى عن مالك عن محمد بن أبى بكر بن حزم انه سمع أباه كثيرا يقول كان عمر بن الخطاب يقول عجبا للعمة تورث ولا ترث

أنثاهم عند الانفراد لان للانثى منهم النصف وللذكر الجميع فلذلك اختلفوا عند الاشتراك والاجتماع فكان للانثى منهم نصف حظ الذكر الأن هؤلاء يرثون بالتعصيب والفرض والأولين لا يرثون الا بالفرض فالجد يرث مع الاخوة لانه أولى بالميراث منهم وذلك انه يرث مع ذكور ولد المتوفى وقوله يرثون مع الجد فى الكلالة يريد الاخوة للاب أو الأم أو للاب ص ﴿ فالجد يرث مع الاخوة لانه أولى بالميراث منهم وذلك انه يرث مع ذكور ولد المتوفى السدس والاخوة لا يرثون مع ذكور ولد المتوفى شيأ وكيف لا يكون كاحدهم وهو يأخذ السدس مع ولد المتوفى فكيف لا يأخذ الثلث مع الاخوة وبنو الأم يأخذون معهم الثلث فالجد هو الذى حجب الاخوة للام ومنعهم مكانه الميراث فهو أولى بالذى كان لهم لانهم سقطوا من أجله ولو ان الجد لم يأخذ ذلك الثلث أخذه بنو الأم فانما أخذ مالم يكن يرجع الى الاخوة للاب وكان الاخوة للام هم أولى بذلك الثلث من الاخوة للاب وكان الجد هو أولى بذلك من الاخوة للام ﴾ ش وهذا كما قال ان الجد لا يحجب الاخوة عن الميراث وذلك انه يرث مع من لا يرثون معه وهو الابن وابن الابن للجد معهم السدس لانه ذو فرض ولا يرث الاخوة معهم لانهم يرثون معه بالتعصيب والاخوات وان كن يرثن بالفرض عند الانفراد الا انهن يرثن بمثل سبب الاخوة من التعصيب فوجب أن يحجبهن عن الفرض من يحجب الاخوة عن التعصيب ألا ترى ان الأم ترث بالفرض الثلث والأب يرث بالتعصيب ما زاد على السدس ثم يحجب الأم عن الثلث الى السدس الابن كما يحجب الأب عن التعصيب ويرد الى السدس الذى هو الفرض لما ورث الابوان بسبب واحد وهو الولادة المباشرة فلما كان هذا حال الجد كان أحق من الاخوة بهذا السدس وكان أيضا أحق منهم بالثلث اذا لم يكن معهم فى الثلث غيرهم أو كان معهم من يحجبهم عن الثلث لمعنى آخر وهو ان الاخوة للام أحق بالثلث من الاخوة للاب والام والاخت للاب والفرق بينه وبين الاخوة مع الابوين يحجبون الام من الثلث الى السدس والاب أحق به منهم ان الاخوة يحجبون الام والاب يحجبهم فلا يرثون معه والاخوة للام يرثون الثلث مع الاخوة للاب والام ويحجبونهم عنه والاب يحجبهم فلا يرثون معه فلذلك كان أولى به لان الجد يحجب الاخوة للام الذين يحجبون الاخوة للاب والام عن ذلك الثلث فكان بمنزلة الاب مع الاخوة الذين يحجبون الام عن الثلث الى السدس والاب يحجبهم فكان أحق به منهم (مسئلة) فلو كانت فريضة فيها أم وزوج وجد واخوة لام واخوة لاب فمذهب مالك أن للزوج النصف وللام السدس وللجد الثلث ولا شئ للاخوة للاب لان الاخوة للاب أحق به منهم لو لم يكن الجد والجد يحجب الاخوة للام عنه فكان أحق به منهم

﴿ ماجاء فى العمة ﴾

ص ﴿ حدثنى يحيى عن مالك عن محمد بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الرحمن بن حنظلة الزرقى أنه أخبره عن مولى لقريش كان قديما يقال له ابن مرى أنه قال كنت جالسا عند عمر بن الخطاب فلما صلى الظهر قال يا يرفا هلم ذلك الكتاب لكتاب كتبه فى شأن العمة فنسأل عنها ونستخبر عنها فأتاه به يرفا فدعا بتور أو قدح فيه ماء فمحا ذلك الكتاب فيه ثم قال لو رضيك الله وارثة أقرك لو رضيك الله أقرك * مالك عن محمد بن أبى بكر بن حزم أنه سمع أباه كثيرا يقول كان عمر بن الخطاب يقول عجبا للعمة تورث ولا ترث ﴾ ش قوله ليرفا بأثر الصلاة هلم ذلك الكتاب ليسأل عنها

ويستخبر يحتمل انه خص ذلك الوقت بهذا المعنى لحضور فقهاء الصحابة الصلاة ولعله أن يكون قد تبين حينئذ اليه من حكمها ما خفي عليه قبل ذلك فأراد أن يشاورهم فيما ظهر اليه من ذلك ونحو ذلك في القدح أو التور وقوله لو رضيك الله أقرك يحتمل أن يريد به اسقاط العمة من أهل المواريث وان الله تعالى لو رضي الوراثة لأقرها بعد الاستخارة والمشاورة بان يقوى في نفس عمر وسائر الصحابة وجوب الميراث لها ويريهم وجه الصواب في ذلك فلما لم يرهم ذلك مع ما أمرهم به من اجتهاد الرأي بطل أن يكون جعل لها في الميراث حقا ويحتمل أيضا أن يكون أراد بذلك الرقعة التي محاها سواء كان فيها اثبات الميراث للعمة أو نفيه عنها وان الله لم يرض تلك البطاقة لما لم يقرهم عليها ولم يرهم صوابها الا أن المعروف من مذهب عمر منع العمة الميراث وسيأتي في ميراث ذوي الأرحام من المسائل التي اختلف فيها الصحابة فالمشهور عن عمر منع ذلك وبه قال زيد بن ثابت واليه ذهب مالك والشافعي وروي عن ابن مسعود توريثهم وبه قال أبو حنيفة وذوو المحارم هم بنو البنت وبنو الأخت وبنات الأخ من الأب والأم وبنات الأخ من الأب وبنو الاخوة من الأم والعمة والخالة وبنات العم والخال والعم أخو الأب للام وأولاده والجدة أم أبي الأم والدليل على ما نقوله ان بنت البنت شخص لا ترث مع الأخ المساوي لها في القرابة فوجب أن لا ترث اذا انفردت أصل ذلك بنت العمة ولا يلزم منها على هذا الأخ من الأب مع الأخ من الأب والأم فانه غير مساو له في القرابة

﴿ ميراث ولاية العصبة ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا في ولاية العصبة أن الاخ للاب والام أولى بالميراث من الاخ للاب والاخ للاب أولى بالميراث من بني الاخ للاب والام وبنو الاخ للاب والام أولى من بني الاخ للاب وبنو الاخ للاب أولى من بني ابن الاخ للاب والام وبنو ابن الاخ للاب أولى من العم أخي الاب للاب والام والعم أخو الاب للاب والام أولى من العم أخي الاب للاب والعم أخو الاب للاب أولى من بني العم أخي الاب للاب والام وابن العم للاب أولى من عم الاب أخي أبي الاب للاب والام * قال مالك وكل شئ سئلت عنه من ميراث العصبة فانه على نحو هذا أنسب المتوفى ومن ينازع في ولايته من عصبته فان وجدت أحدا منهم يلقى المتوفى الى أب لا يلقاه أحد منهم الى أب دونه فاجعل ميراثه للذي يلقاه الى الاب الادنى دون من يلقاه الى فوق ذلك فان وجدتهم كلهم يلقونه الى أب واحد يجمعهم جميعا فانظر أقعدهم في النسب فان كان ابن أب فقط فاجعل الميراث له دون الاطراف وان كان ابن أب وأم وان وجدتهم مستوين وينسبون من عدد الآباء الى عدد واحد حتى يلقوا نسب المتوفى جميعا وكانوا كلهم جميعا بني أب أو بني أب وأم فاجعل الميراث بينهم سواء وان كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للاب والام وكان من سواه منهم انما هو أخو أبي المتوفى لابيه فقط فان الميراث لبني أخي المتوفى لابيه وأمه دون بني الاخ للاب وذلك أن الله تبارك وتعالى قال وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شئ عليم ﴾ ش

﴿ ميراث ولاية العصبة ﴾ * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا في ولاية العصبة ان الاخ للاب والام أولى بالميراث من الأخ للاب والاخ للاب أولى بالميراث من بني الأخ للاب والام وبنو الأخ للاب والأم أولى من بني الأخ للاب وبنو الأخ للاب أولى من بني ابن الأخ للاب والام وبنو ابن الاخ للاب أولى من العم أخي الأب للاب والام والعم أخو الأب للاب والام أولى من العم أخي الأب للاب والعم أخو الأب للاب أولى من بني العم أخي الأب للاب والام وابن العم للاب أولى من عم الاب أخي أبي الأب للاب والأم * قال مالك وكل شئ سئلت عنه من ميراث العصبة فانه على نحو هذا أنسب المتوفى ومن ينازع في ولايته من عصبته. فان وجدت أحدا منهم يلقى المتوفى الى أب لا يلقاه أحد منهم الى أب دونه فاجعل ميراثه للذي يلقاه الى الأب الأدنى دون من يلقاه الى فوق ذلك فان وجدتهم كلهم يلقونه الى أب واحد يجمعهما جميعا فانظر أقعدهم في النسب فان كان ابن أب فقط فاجعل الميراث له دون الاطراف وان كان ابن أب وأم وان وجدتهم مستوين وينسبون من عدد الآباء الى عدد واحد حتى يلقوا نسب المتوفى جميعا وكانوا كلهم جميعا بني أب أو بني أب وأم فاجعل الميراث بينهم سواء وان كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للاب والام وكان من سواه منهم انما هو أخو أبي المتوفى لأبيه فقط فان الميراث لبني أخي المتوفى لابيه وأمه دون بني الاخ للاب وذلك ان الله تبارك وتعالى قال وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شئ عليم

وهذا على ماقال ان الاخ للاب والام أولى من الاخ للاب لان الام يدلى بها الى الميراث اذا انفردت كما يدلى بالاب اذا انفرد فاذا اجتمعا كان أقوى من انفراد أحدهما وكذلك الميراث فى العمومة وان كان العم للام لامدخل له فى الميراث الا انه لما كانت الام سببا فى الميراث بالجملة قويت جنبة من وجدت فى جهته كما أن الام بانفرادها لاتكون سببا الى ميراث جميع المال وقد يقوى جنبة الاخ للاب والأم فيستحق جميع المال وهذا مع التساوى فى الدرجة من الميت مثل أن يكون جميعهم اخوة أو أعماما فى درجة أو بنى عم فى درجة واحدة فان اختلفت درجاتهم فذلك على وجهين أحدهما اختلافها مع اختلاف الاسباب الثانى اختلافها مع اتفاق الاسباب فأما اختلاف الدرجات مع اختلاف الاسباب فكالاخوة مع الاعمام و بنى الاعمام فالاخوة أقرب لانهم يدلون بالاب والاعمام يدلون بالجد وكذلك بنو الاعمام يدلون بالجد فكان الاخوة أولى اخوة كانوا لاب وأم أو لاب لانهم يدلون بالاب وهو أقرب من الجد وان كانوا أعماما كلهم أو بنى عم كلهم واختلفت درجاتهم فكالاعمام اخوة الاب مع الأعمام اخوة الجد فان الاعمام اخوة الاب أولى بالميراث وهو معنى قول مالك ان من يلقى الميت الى أب لايلقاه غيره الى أب أقرب منه فله الميراث ومعنى ذلك أن الأعمام يدلون بالجد أبى الأب والأعمام اخوة الجد يدلون بالجد أبى الأب وكل من أدلى بالاقرب فله الميراث دون من أدلى باب أبعد (مسئلة) ومن ترك خالا هو ابن عم لاب وأخا لام وهو ابن عم لاب فللاخ للام السدس ومابقى بينه وبين الخال بالسوية لانهما ابنا عم فى درجة واحدة ووجه ذلك أن الخال لاحظ له فى الميراث والأخ للام يرث بالفرض السدس واذا اجتمع لاحد الوارثين سببان وانفرد الآخر بسبب واحد فان كان السببان من جنس واحد كابنى العم أحدهما ابن عم لاب وأم والآخر ابن عم لاب فان تأثيره أن يحجب ذو السببين ذا السبب الواحد وان كان السببان من جنسين مثل أن يكون أخو الأم هو ابن عم مع ابن عم ليس بأخ لام فان تأثير السببين أن يرث بكل واحد منهما فيرث بسبب الفرض أولا ثم يساويه فى بقية الميراث بالتعصيب لتساويهما فيه والله أعلم (مسئلة) ولو ترك الميت أخوين لام أحدهما ابن عم لورثا بالاخوة للام الثلث بينهما ثم يرث الأخ الذى هو ابن عم بالتعصيب بقية المال وذلك على ماقدمناه (مسئلة) وهذا اذا تحقق الوارث بالذكورة أو الأنوثة فان كان خنثى فانه ينظر الى مباله فان بال من ذكره فحكمه حكم الذكور فى ميراثه وصلاته والصلاة عليه وغير ذلك من أحكامه وان بال من فرجه فحكمه فى ذلك حكم المرأة وان بال منهما فهو الخنثى المشكل فقد قال ابن مجلان الفرضى ينظر أيهما يبدأ البول أولا و روى ذلك عن على بن أبى طالب وان بال منهما جميعا سواء فهذا الخنثى المشكل واتفق أهل الفرائض على أن له نصف ميراث رجل ونصف ميراث امرأة فان انفرد وحده فله ثلاثة أرباع الميراث قال ابن غالب لااختلاف بين أهل العلم فى ذلك وقد اختلفوا فى الحساب فقال بعضهم من توفى وترك ابنا خنثى وابنا صحيحا فان فريضتهما من سبعة للصحيح أربعة وللخنثى ثلاثة ومنهم من قال فريضتهم من خمسة للخنثى سهمان وللصحيح ثلاثة ومنهم من قال فريضتهم من ثمانية للصحيح خمسة وللخنثى ثلاثة وذلك كله غلط فى الحساب والصواب فى ذلك أن نعمل فريضتين فريضة على أنه ذكر وفريضة على أنه أنثى ففريضتهما على أنه ذكر انه من اثنين لكل واحد منهما النصف وفريضتهما على أن أحدهما أنثى من ثلاثة للذكر اثنان وللانثى واحد فاضرب ثلاثة فى اثنين فذلك ستة ثم أضعف الستة فذلك اثنا عشر وانما أضعفنا الستة ليكون مابيد لكل واحد منهما من التضعيف والتأنيث نصف صحيح ثم اقسم الاثنى عشر على أنهما ذكران فلكل واحد منهما ستة ثم اقسمها على أن أحدهما أنثى فيكون للذكر ثمانية وللانثى أربعة وهى أسوأ حالتيهما و يصير

لهما فى أفضل حالتيهما ستة فيعطى شطر ما بين حالتيه وذلك خمسة أسهم ويعطى أخوه ما بين الحالتين وذلك سبعة لانه يستحق بحال ذكورة أخيه ستة وبحال أنوثته ثمانية والله أعلم ص ﴿ قال مالك والجد أبو الأب أولى من بنى الأخ للأب والأم وأولى من العم أخى الأب للأب والأم بالميراث وابن الأخ للأب والأم أولى من الجد بولاء الموالى ﴾ ش وهذا على ما قال ان الجد أبا الأب يحجب به الأخ للأب والأم وذلك أن الجد أولى بالميراث من الأخ للأب والأم اذا ضاق عنهما لانه من أهل الفروض ولذلك يرث مع الابن السدس ولا يرث الأخ مع الابن شيأ لكنه اذا فضل المال عن فرض الجد ورث معه الاخ بالتعصيب لان لكل واحد منهما تعصيبا والاخ يعصب أخته والجد يرث مع الابن فلذلك لم يحجب أحدهما الآخر عن التعصيب وأما ابن الاخ فلا يعصب أخته ولذلك حجبه الجد لقوة أسبابه التى يرث بها وهذا حكم الجد أبى الأب فأما أبو أبى الاب فانه أيضا أولى من بنى الاخ والاعمام وبنى الاعمام لانه جد كالادنى وأما الجد أبو الاب فانه يحجب أباه كما يحجب الاب الجد فكل أب يحجب من فوقه كما أن كل ابن يحجب من تحته لان الميراث انما يستحق بالقرب والله أعلم

(فصل) والجد أولى من العم أخى الاب للاب والام ووجه ذلك أن العم انما يدلى بالجد فكان كالاخ مع الاب لما أدلى به لم يرث معه وانما يرث مع عدمه وأيضا فان تعصيب العم ليس بالقوى لانه لا يعصب أخته فكان كابن الاخ لا يرث مع الجد لضعف تعصيبه لانه لا يعصب أخته وانما يرث مع الجد بالتعصيب من قوى تعصيبه حتى يعصب أخته كالاخ والابن وابن الابن

(فصل) وقوله وابن الاخ للاب والام أولى من الجد بولاء الموالى ووجه ذلك أن الولاء لا يورث الا بمحض التعصيب وليس فيه فروض والأخ وابن الأخ أمحض تعصيبا من الجد لانهم لا يرثون الا بالتعصيب فكان سببهم أقوى فى الولاء ولا يقوى تعصيب الجد بالفرض فى الولاء لانه لا مدخل للفروض فيه وأما الاب فانه أحق بالولاء من الاخوة وان كان يرث تارة بالفرض وتارة بالتعصيب وتارة بهما لان الاخوة يدلون به فكان أحق بذلك منهم وليس كذلك الجد فانهم لا يدلون به وحكم الاخوة مع الاب كحكم الاعمام مع الجد والله أعلم (مسئلة) قد تقدم الكلام فى ذكر من يرث فى هذا الكتاب فليذكر العمل فى مواريثهم ليتم به بيان أحكامهم ومعنى ذلك على الايجاز أن الفروض ستة وقد تقدم ذكرها ويخرج حسابها من سبعة أصول الاثنين والثلاثة والاربعة والستة والثمانية والاثنى عشر والاربعة وعشرين وذلك أن الاثنين ابتداء أصول المسائل ثم تضاعف الى أربعة ثم تضاعف الى ثمانية فاذا كانت المسئلة نصفا وما بقى أو نصفا ونصفا فهى من اثنين وان كانت ربعا وما بقى أو ربعا ونصفا وما بقى فهى من أربعة وان كانت ثمنا وما بقى أو ثمنا ونصفا وما بقى فأصلها من ثمانية وهذه الاصول الثلاثة لا يدخلها عول لاختصاص سهامها بأحد الاصلين والاصل الثانى أوله من ثلاثة ثم يضاعف الى ستة ثم يضاعف الى اثنى عشر ثم يضاعف الى أربعة وعشرين فان كان فى المسئلة ثلث وما بقى أو ثلث وثلثان فأصل المسئلة من ثلاثة وهذه المسئلة أيضا لا تعول لاختصاصها بأحد الاصلين وان كان فى المسئلة نصف مع ثلث أو سدس فهى من ستة وان كان فيها ربع مع ثلث أو سدس فهى من اثنى عشر وان كان فيها ثمن مع ثلث أو سدس فهى من أربعة وعشرين وهذه المسائل الثلاث تعول لاجتماع الأصلين فيها فأما المسئلة التى أصلها من ستة فهى تعول الى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة فاذا عالت الى عشرة سميت ذات الفروخ وهى أكثر المسائل عولا لأنها عالت بقسميها واذا عالت الى تسعة فبعضهم يسميها الغراء وهى الاكدرية واذا كان أصل المسئلة

*قال مالك والجد أبو الاب أولى من بنى الأخ للاب والأم وأولى من العم أخى الاب للاب والام بالميراث وابن الاخ للاب والام أولى من الجد بولاء الموالى

من اثنى عشر عالت الى ثلاثة عشر والى خمسة عشر والى سبعة عشر واذا كان أصل المسئلة من أربعة وعشرين عالت الى سبعة وعشرين وهى المنبرية (مسئلة) فاذا تركت المرأة زوجا وأختين لأب فأصلها من ستة وتعول الى سبعة واذا تركت زوجا وأما وأختين لأم فأصلها من ستة وتعول الى ثمانية واذا تركت زوجا وجدا وأما وأختا فأصلها من ستة وتعول الى تسعة واذا تركت المرأة زوجا وأما وست اخوات مفترقات فأصلها من ستة وتعول الى عشرة للزوج النصف وهو ثلاثة وللام السدس وللاختين للام الثلث وللاختين للام والاب الثلثان وتعول الى عشرة وقد تقدم ذكرها (مسئلة) واذا توفى رجل وترك زوجة وثلاث اخوات متفرقات أصلها من اثنى عشر للزوجة الربع بثلاثة وللاخت للام السدس باثنين وللاخت للاب والام النصف بستة أسهم وللاخت للاب السدس بسهمين تعول الى ثلاثة عشر ولو خلفت المرأة زوجا وأبوين وابنة وابنة ابن أصلها من اثنى عشر للزوج الربع بثلاثة أسهم وللابوين السدسان أربعة أسهم وللابنة النصف بستة أسهم ولابنة الابن السدس باثنين تعول الى خمسة عشر ولو خلف رجل زوجة وأختين لأم وأختين لأب فأصلها من اثنى عشر للمرأة الربع بثلاثة أسهم وللجدة السدس بسهمين وللاختين للام الثلث بأربعة أسهم وللاختين للاب الثلثان بثمانية أسهم تعول الى سبعة عشر (مسئلة) ولو توفى رجل وترك زوجة وأبوين وابنتين فأصلها من أربعة وعشرين للمرأة الثمن بثلاثة أسهم وللابوين السدسان بثمانية أسهم وللابنتين الثلثان ستة عشر سهما تعول الى سبعة وعشرين

(فصل فى تصحيح المسائل)

وتصحيحها ان تضرب عدد من لا تنقسم عليهم سهامهم فى أصل المسئلة وعولها فما خرج فمنه تصح المسئلة وذلك مثل زوج وأخوين أصلها من اثنين للزوج النصف وللاخوين النصف لا ينقسم عليهما فتضرب عددهما وهما اثنان فى أصل المسئلة وهو اثنان يكون أربعة منه تصح المسئلة فيكون للزوج النصف بسهمين وللاخوين النصف بسهمين لكل واحد منهما سهم ولو تركت زوجا وأخا وأختا فأصلها من اثنين للزوج النصف سهم وللاخ والاخت النصف لا ينقسم عليهما فيعد الأخ باثنين لأن له مثل ما لأخته فتضرب أصل المسئلة فى ثلاثة تكون ستة منها تصح المسئلة للزوج النصف ثلاثة وتبقى ثلاثة بين الأخ والأخت للذكر مثل حظ الانثيين والله أعلم (مسئلة) فان كان عدد الورثة موافقا لسهامهم مثل ان يكون لعددهم نصف ولسهامهم نصف أو ثلث وثلث أو ربع وربع أو ما كان من الاجزاء فيرد عددهم الى ذلك ثم تضرب الراجع فى أصل المسئلة وعولها فما اجتمع صحت منه المسئلة وذلك مثل امرأة تركت زوجا وهو ابن عمها وأربعة عشر ابنة أصل مسئلتهم من ثلاثة فللزوج بالفرض والتعصيب الثلث ويبقى الثلثان وهما سهمان للبنات لا ينقسم عليهن لكن توافقهن بالنصف فتضرب نصف عددهن وهو سبعة فى أصل المسئلة وهو ثلاثة يكون احدا وعشرين منها تصح المسئلة للزوج سبعة وللبنات أربعة عشر سهما (مسئلة) فان كان فى المسئلة أعداد مختلفة لا تنقسم سهامها فاضرب الاعداد بعضها فى بعض فما اجتمع فاضرب به فى أصل المسئلة وعولها وذلك مثل رجل توفى وخلف أربع نسوة وأربعة وثلاثين أخا لأم وسبعة وثلاثين أختا لأب المسئلة من اثنى عشر للزوجات الربع بثلاثة لا تصح عليهن ولا توافق وللاخوة الثلث بأربعة سهام لا تنقسم عليهن ولا توافق وللاخوات للاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق فتضرب أربعة فى أربعة وثلاثين فما اجتمع ضربته فى سبعة وثلاثين فما اجتمع ضربته فى المسئلة فما اجتمع فمنه تصح المسئلة

(مسئلة) فان كان من لاتنقسم عليهم سهامهم يوافق عددهم بجزء من الأجزاء نصف أو ثلث أو ربع أو أقل من ذلك أو أكثر أخذت وفق عددهم لسهامهم ثم ضربت بعض ذلك فى بعض فما اجتمع ضربته فى أصل المسئلة وعولها ان كانت عولا فما اجتمع صحت منه المسئلة مثال ذلك ثلاث نسوة وأربعة عشر أخا لأم واثنان وثلاثون أختا لأب المسئلة من اثنى عشر للزوجات الربع ثلاثة سهام ينقسم عليهن وللاخوة للام الثلث بأربعة سهام وللاخوة للاب الثلثان بثمانية أسهم لاينقسم عليهم ويوافقهم بالنصف فيرجعون الى تسعة وللاخوات الثلثان بثمانية أسهم لاتنقسم عليهن وتوافقهن بالأثمان فيرجعن الى ثمنهن وذلك أربعة فتضرب ثلاثة فى أربعة ثم فى سبعة فذلك أربعة وثمانون ثم فى أصل المسئلة وعولها وذلك خمسة عشر فذلك ألف ومائتان وسبعون ومنها تصح المسئلة من له سهم ضرب له فى أربعة وثمانين (مسئلة) فلن كانت الاعداد بموافقتها اياها لسهامها يوافق بعضها بعضا فاوقف وفق أحد الاعداد واردد الأعداد الأخر الى موافقتها للعدد الموقوف فارجع ضربت بعضه فى بعض ثم ما اجتمع فى جميع العدد الموقوف وما اجتمع فى الأصل وعولها مثال ذلك أربع نسوة وستة وثلاثون أخا لأم وثمانية وأربعون أختا لاب المسئلة من اثنى عشر للزوجات الربع بثلاثة لاينقسم عليهن ولا يوافقهن وللاخوة للام الثلث بأربعة أسهم لاتنقسم عليهم وتوافقهم بالربع فيردون الى ربعهم وذلك تسعة وللاخوات للاب الثلثان ثمانية لاتنقسم عليهن وتوافقهن بالثمن فيردون الى ثمنهن وذلك ستة فتبقى معنا أربعة وستة وتسعة فتوقف الستة وتجد الأربعة توافق الستة بالنصف والتسعة توافقها بالثلث فتضرب نصف الأربعة فى نصف الستة تكن ستة ثم تضربها فى الستة الموقوفة تكن ستة وثلاثين ثم تضربها فيما عالت اليه المسئلة وذلك خمسة عشر تكن خمسمائة وأربعين منها تصح المسئلة من كان له شئ فى أصل المسئلة ضرب له فى ستة وثلاثين للنسوة ثلاثة فى ستة وثلاثين تكون مائة وثمانية لكل واحد سبعة وعشرون وللاخوة مائة وأربعة وأربعون وللاخوات مائتان وثمانية وثمانون لكل واحد ستة (مسئلة) وان كان من الاعداد بعد رد ذلك اياها بموافقتها لسهامها متساوية أجزاء أحدها عن سائرها وان كان أحد عدد الأجزاء منتسبا الى جزء من العدد الآخر مثل أن يكون نصفه أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك من الأجزاء فان الأكثر يجزئ عن الاقل ويعتبر ذلك بأن ينقسم الأكثر على الأقل قسمة صحيحة أو ينقص الأقل والأكثر فيفنيه أو يزيد على الأقل مثله حتى يساوى الآخر فان لم يكن كذلك لم يكن جزأ منه ولا داخلا فيه مثال ذلك أن يكون أحد العددين خمسة والآخر عشرين فالخمسة داخلة فى العشرين لانك ان نسبتها منها فهى ربعها وان زدت على الخمسة ثلاثة أمثالها ساوتها وان نقصت الخمسة من العشرين أفنتها ولو كانت ستة مع عشرين لم تدخل فيها لانك ان نقصت من العشرين ستة ثلاث مرات لم توافق بل يبقى منها اثنان ولاتنسب منها بربع ولا خمس وانما هى ثلاثة أعشار مثال ذلك أربع نسوة وستة عشر أخا لام وأربعة وستون أختا لأب للزوجات ثلاثة سهام لاتنقسم عليهن ولاتوافقهن وللاخوة لأم الثلث أربعة سهام لاتنقسم عليهن ولاتوافقهن بالأثمان فيرجعن الى ثمنهن وذلك ثمانية فصار عدد الزوجات ومابقى من عدد الاخوة أربعة أربعة فينوب أحدهما عن الآخر ثم تجد الأربعة تدخل فى الثمانية فتجزئ عنها فتضرب الثمانية فى أصل المسئلة وعولها فذلك مائة وعشرون منها تصح المسئلة من له شئ ضرب له فى ثمانية فللزوجات ثلاثة أسهم مضروبة فى ثمانية وللاخوة للام أربعة سهام مضروبة فى ثمانية

(فصل) ولايخلو التصحيح من سبع علل ثلاثة فى السهام وأربعة فى الأعداد فالتى فى السهام أن تكون سهام كل فريق منقسمة عليهم فلا يحتاج الى ضرب أولاتنقسم عليهم ولاتوافقهم فتضرب عددهم فى المسئلة وعولها ان كانت عائلة والثانية أن لاتنقسم وتوافقهم فتضرب وفق عددهم فى المسئلة وعولها وأما فى الاعداد فأن تكون الأعداد متساوية فيجزئ أحدها عن باقيها أو يكون أحد العددين داخلا فى الآخر وجزأ منه فيجزئ الأكثر عن الأقل أو تكون الأعداد مختلفة لا يوافق بعضها بعضا فتضرب بعضها فى بعض ثم ما اجتمع فى أصل المسئلة أو تكون الأعداد مختلفة و يوافق بعضها بعضا فانك توقف أحد الأعداد ثم ترد الأعداد الأخر الى الجزء الموافق لها ثم تضرب الراجع بالموافقة بعضه فى بعض ثم ما اجتمع فى جميع العدد الموقوف فما اجتمع ضربته فى أصل المسئلة وعولها فما اجتمع صحت منه المسئلة وهذه طريقة البصريين فى التصحيح وللكوفيين طريقة أخرى سنذكرها بعد هذا ان شاء الله تعالى لعلها أن تكون أقرب تناولا عند بعض من ينظر فى ذلك و بالله التوفيق

(فصل) فى معرفة الموافقة بالأجزاء وذلك أنك تنقص أقل العددين من أكثرهما فان فنى به فانه يوافق بباقى أقل العددين من الآحاد فان بقى من العدد الكثير أقل من العدد القليل ما نقص ذلك من العدد القليل فان فنى توافقا بأخذ العدد الذى يفنى به وهكذا أبدا لاتزال تنقص ما بقى من كل عدد مما بقى من الآخر حتى يفنى أحدهما بالآخر فان فنى بواحد فليست بينهما موافقة فان فنى باثنين فالموافقة بينهما بالنصف وان فنى بثلاثة فالموافقة بينهما بالثلث فان فنى بأربعة فالموافقة بينهما بربع فان فنى بأحد عشر فالموافقة بينهما بأجزاء أحد عشر وكذلك سائر الأعداد ومثال ذلك اذا قيل بما توافق ثمانية اثنين وثلاثين فتنقص من اثنين وثلاثين أربع مرات فانها تفنى فيعلم أنها توافقها بالأثمان واذا قيل لك بما يوافق واحد وعشرون تسعة وأربعين فانقص أحدا وعشرين مرتين من التسعة والأربعين يبقى سبعة فانقص السبعة من الأحد والعشرين تفنيها فاعلم انهما يتفقان بالاسباع فان قيل بما توافق مائة وعشرون مائة وخمسة وستين فانقص مائة وعشرين من مائة وخمسة وستين يبقى خمسة وأربعون انقصها من المائة وعشرين مرتين تبقى ثلاثون ثم انقص الثلاثين من الخمسة والأربعين مرة تبقى خمسة عشر انقصها من الثلاثين مرتين تفنيها فتعلم أنهما متفقان بأجزاء خمسة عشر والله أعلم وأحكم

(فصل فى الوصايا)

اذا أوصى الميت بثلثه فأردت قسمة تركته فانك تنظر الى التى تنقسم عليه مثل نصفه وان أوصى بالربع زدت عليه مثل ثلثه وان أوصى بالخمس زدت عليه مثل ربعه وان أوصى بالسدس زدت عليه مثل خمسه وان أوصى بالسبع زدت عليه مثل سدسه وان أوصى بالثمن زدت عليه مثل سبعه وان أوصى بالتسع زدت عليه مثل ثمنه وان أوصى بالعشر زدت عليه مثل تسعه وذلك مثل امرأة توفيت وتركت زوجا وأما وأختين لأب المسئلة من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام السدس بسهم وللاختين للاب الثلثان بأربعة أسهم تعول الى ثمانية فان أوصيت بالثلث زدت على الثمانية نصفها وذلك أربعة فتكون اثنى عشر ومنها تصح المسئلة فى الوصية فان لم يكن ماذكرت ضربت الفريضة فى عدد يخرج منه جزء الوصية ان كانت بالثلث ضربتها فى ثلاث وان كانت بالربع ضربتها فى أربعة (مسئلة) ولو أوصى بوصيتين ولم يكن أصل الفريضة له يزاد عليه أجزاء الوصايا فاضرب أجزاء الوصايا

بعضها في بعض فما اجتمع ضربته في أصل الفريضة فلو أوصى بثلث وربع فمثال ذلك امرأة توفيت وخلفت زوجا وأختين لأب أصلها من ستة تعول الى سبعة للزوج النصف بثلاثة وللاختين الثلثان بأربعة فان أوصت بالثلث لم يمكنك أن تزيد على السبعة مثل نصفها بجزء صحيح فتضرب الفريضة بعولها في ثلاثة فتكون احدى وعشرين فمنه تصح المسئلة ولو كان أوصى بثلث وربع لضربت ثلاثة في أربعة ثم تضرب ما اجتمع في الفريضة فما اجتمع فمنه تصح الفريضة مع الوصيتين

(فصل) في المناسخات ومعنى ذلك أن يموت ميت فلا يقسم ماله حتى يموت بعض ورثته فوجه العمل في ذلك ان تصحح مسئلة الميت الأول ثم تصحح مسئلة الثاني ثم تقسم سهام الميت الثاني التي ورثها من الميت الأول على سهام مسئلته فان انقسمت فقد صحت المسئلتان مما صحت منه الاولى مثال ذلك ان تخلف المرأة زوجها وأختين فالمسئلة من ستة تصح من سبعة فان ماتت احدى الأختين نخلفت بنتها وأختها فالمسئلة من اثنين ولها من الأولى سهمان تنقسم على مسئلتها فقد صحت المسئلتان من سبعة للزوج ثلاثة أسهم وللاخت سهمان من المسئلة الأولى وسهم من الثانية ولبنت الميتة سهم

(مسئلة) فان لم تنقسم السهام التي ورثها الميت الثاني على سهام المسئلة ولم توافقها فاضرب مسئلته في المسئلة الأولى فما اجتمع صحت منه المسئلتان مثال ذلك أن تخلف ابنين وابنتين المسئلة من ستة ثم ماتت احدى الابنتين وخلفت زوجا وابنا وبنتا مسئلتها من أربعة وانما ماتت عن سهم لا ينقسم ولا يوافقها فاضرب مسئلتها في المسئلة الأولى تكون أربعة وعشرين منها تصح المسئلتان من له شئ من المسئلة الأولى مضروب له في أربعة ومن له شئ من المسئلة الثانية مضروب له في السهم الذي ماتت عنه الثانية (مسئلة) فان لم تنقسم السهام التي ورثها الميت الثاني على مسئلته ووافقها فاضرب وفق المسئلتين في المسئلة الاولى فما اجتمع صحت منه المسئلتان مثال ذلك أن تخلف ابنين وابنتين المسئلة من ستة ثم مات أحد الابنين وخلف امرأة وبنتا وثلاثة بني ابن مسئلتهم من ثمانية أسهم وقد مات عن سهمين توافق مسئلته بالنصف فاضرب نصف مسئلته في المسئلة الاولى تكن أربعة وعشرين منها تصح المسئلة

(فصل) في قسم التركات اذا أردت قسمة التركات وكانت دنانير أو دراهم أو ما يكال ويوزن ويجمع في القسم فصحح الفريضة على الورثة ثم اضرب سهام كل وارث في عدد التركة فما اجتمع قسمته على سهام الفريضة فما خرج فهو نصيبه وان شئت قسمت التركة على المسئلة فما خرج ضربته في سهام كل وارث فما خرج فهو نصيبه فان وافق عدد التركة سهام المسئلة فخذ وفقها جميعا ثم اعمل في وفقها ما كنت عاملا فيها اما أن تضرب سهام كل وارث في وفق التركة فما اجتمع قسمته على وفق المسئلة فما خرج فهو نصيبه أو تقسم وفق التركة على وفق المسئلة فما خرج بالقسمة ضربته

﴿ من لا ميراث له ﴾

ص ﴿ قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان ابن الاخ للام والجد أبا الام والعم أخا الاب للام والخال والجدة أم أبي الام وابنة الاخ للاب والام والعمة والخالة لا يرثون بأرحامهم شيأ قال وانه لا ترث امرأة هي أبعد نسبا من المتوفى ممن سمي في هذا الكتاب برحمها شيأ وانه لا يرث أحد من النساء شيأ الا حيث سمين وانما ذكر الله تبارك وتعالى في كتابه ميراث الام من ولدها وميراث البنات من أبيهن وميراث الزوجة من زوجها وميراث الاخوات

﴿ من لاميراث له ﴾
* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان ابن الاخ للام والجد أبا الأم والعم أخ الأب للام والخال والجدة أم أبي الأم وابنة الأخ للاب والأم والعمة والخالة لا يرثون بأرحامهم شيأ قال وانه لا ترث امرأة هي أبعد نسبا من المتوفى ممن سمي في هذا الكتاب برحمها شيأ وانه لا يرث أحد من النساء شيأ الا حيث سمين وانما ذكر الله تبارك وتعالى في كتابه ميراث الأم من ولدها وميراث البنات من أبيهن وميراث الزوجة من زوجها وميراث الأخوات

للاب والام وميراث الاخوات للاب وميراث الاخوات للام وورثت الجدة بالذى جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم فيها والمرأة ترث من أعتقت هى نفسها لان الله تبارك وتعالى قال فى كتابه فاخوانكم فى الدين ومواليكم ﴾ ش وعلى ما ذكران زيد بن ثابت وأهل المدينة لا يورثون ذوى الارحام من ارجال وهو ابن الاخ للام والجد أبو الام والعم للام والخال فانهم لا يرثون لانهم ليسوا أهل فرض فيحجبون العصبة ولا أهل تعصيب ومن النساء الجدة أم أبى الام وابنة الاخ للاب والام والعمة والخالة والاصل فى ذلك ما قدمناه قال مالك ولا يرث من النساء الا من سمى الله عز وجل فى كتابه وثبتت السنة بميراثه وهى سبعة تقدم ذكرهن وقد نص الله تعالى على ميراث جميعهن والجدة ثبت توريثها بالسنة وهذا ميراث النسب وأما ميراث الولاء فترث المرأة من أعتقت أو أعتقه من أعتقت قال مالك لان الله عز وجل يقول فى كتابه فاخوانكم فى الدين ومواليكم والاستدلال من هذا انما يكون بان يثبت الميراث بالولاء وأن يكون لفظ الجمع المذكر يقع تحته المؤنث بمجرد اللفظ فحينئذ تتناول الآية ميراث المرأة لمن كان مولى لها والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث أهل الملل ﴾

ص ﴿ يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن على بن حسين بن على عن عمر بن عثمان بن عفان عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر ﴾ ش معنى قوله لا يرث المسلم الكافر يعنى ميراث المسلم ما لا يخلفه كافر ممن كان يرثه لو كان مسلما من أب أو ابن أو أخ أو غيرهم والى هذا ذهب جماعة العلماء تعلقا بحديث النبى صلى الله عليه وسلم فانتهى الى قوله فكذلك لا يرث الكافر المسلم على هذا الوجه لكونهما أهل ملتين مختلفتين واذا كان لا يرث المسلم الكافر فبان لا يرث الكافر المسلم أولى وروى عن معاذ ومعاوية ومحمد بن الحنفية يرث الكافر المسلم وقد انعقد الاجماع على ما ذهب اليه الجمهور من أهل عصرهم (مسئلة) وأما المرتد فلا يرثه ورثته المسلمون وماله فى بيت المال ووجه ذلك ما تقدم وذلك فيمن صرح بالكفر وأعلن به فلو ارتد رجل فوقف للقتل وله ابنان وأب فمات أحد ابنيه ورثه أخوه وجده بنصفين ولا ميراث لابيه المرتد وان راجع الاسلام المرتد بعد موت ابنه فلا شئ له من الميراث لان الاعتبار بحال الموت دون غيرها من الاحوال وهذا فى حال موت ابنه لم يكن وارثا له (مسئلة) وأما الزنديق وهو الذى يظهر منه على كفر يسره وهو مع ذلك يدعى الاسلام فاختلف فيه العلماء فقال مالك يقتل ولا يقبل منه الايمان اذا أسرته المنية قبل أن يتوب ويراجع الايمان وقال الشافعى تقبل توبته ولا يقتل ولابى حنيفة فى ذلك قولان أحدهما مثل قول مالك والثانى مثل قول الشافعى وقد تعلق أصحابنا فى ذلك بقول الله تعالى فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرنا بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم ايمانهم لما رأوا بأسنا سنة الله وقالوا عن جماعة من أهل التفسير ان البأس فى الآية السيف فاذا قلنا بذلك فهل يرثه ورثته اختلف قول مالك فى ذلك فروى عنه ابن القاسم يرثه ورثته وروى عنه ابن نافع وابن الماجشون لا يرثه ورثته فمقتضى رواية ابن القاسم انه يقتل حدا ومقتضى رواية غيره يقتل بالكفر والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن على بن حسين بن على بن أبى طالب انه أخبره انما ورث أبا طالب عقيل وطالب ولم يرثه على قال فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب ﴾ ش قوله انما ورث أبا طالب عقيل وطالب يريد انهما انفردا بميراثه دون على وجعفر وذلك أن عليا وجعفرا تقدم اسلامهما قبل موت أبى طالب وبقى

للاب والأم وميراث الأخوات للاب وميراث الأخوات للام وورثت الجدة بالذى جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم فيها والمرأة ترث من أعتقت هى نفسها لأن الله تبارك وتعالى قال فى كتابه فاخوانكم فى الدين ومواليكم

﴿ ميراث أهل الملل ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن على ابن حسين بن على عن عمر بن عثمان بن عفان عن اسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن على بن حسين بن على بن أبى طالب انه أخبره انما ورث أبا طالب عقيل وطالب ولم يرثه على قال فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب

طالب وعقيل على ملتهما فانفردا بميراثه وانما أسلما بعد موته عام الفتح فلذلك لم يكن لعلى ولا لجعفر ولا لأحد من عقبهما حظ فى الشعب الذى كان لأبى طالب (مسئلة) وانما المراعى فى التوارث اتفاق الدينين حال الوفاة ولو ان نصرانيا أسلم عند الموت وهو مريض ورثه ورثته من المسلمين دون غيرهم وجرى حاله فى غسله والصلاة عليه ودفنه مجرى المسلمين ولو ان كافرا توفى وترك حملا فولدته لكان على دين أبيه وورثه قاله القاضى أبو الحسين والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن محمد بن الاشعث أخبره ان عمة له يهوديه أو نصرانية توفيت وان محمد بن الاشعث ذكر ذلك لعمر بن الخطاب وقال له من يرثها فقال له عمر بن الخطاب يرثها أهل دينها ثم أتى عثمان بن عفان فسأله عن ذلك فقال له عثمان أترانى نسيت ما قال لك عمر بن الخطاب يرثها أهل دينها ﴾ ش قوله لابن الاشعث وقد سأله عن عمته اليهودية من يرثها فقال له يرثها أهل دينها وذلك يقتضى التوارث بالدين الواحد دون الدينين وهذا اذا كان أحدهما مسلما والآخر غير مسلم دون خلاف فيه من الفقهاء فان كان أحدهما يهوديا والآخر نصرانيا فقد سئل مالك عن نصرانى تحته يهودية فتوفى فقال مالك ليس ذلك الينا فان تحاكموا عندنا فانهم لا يتوارثون لاننا نحكم بينهم بحكم الاسلام (مسئلة) وأما المجوسى يتزوج أمه أو ابنته أو أخته ثم أسلموا فانهم انما يتوارثون بالميراث الاصلى الذى لا يغيره الاسلام ولو تزوج مجوسى أمه فولدت له منها ولدا ثم أسلموا فمات المجوسى فان الزوجية قد بطلت بالاسلام وثبتت الامومة وابنه هو ابنه واخوه للام فان الام ترث السدس على انها أم وترث الابن على انه ابن وسقط حكم الاخوة للام ولو تزوج ابنته وولدت له منها ولدان فاسلموا ثم توفى الرجل فان لابنته الخمس وتسقط الزوجية والباقى لابنيه فان توفى أحدهما فلامه الثلث وتسقط الأخوة ولاخيه الباقى وقد قال بعض أهل الفرائض لها السدس لانها أخت فتحجب نفسها مع الاخ الى السدس (مسئلة) وهذا اذا علمت الاديان فان جهلت مثل رجل توفى وترك ثلاثة بنين أحدهم صغير وأحد الكبيرين مسلم والثانى نصرانى فادعى المسلم ان أباه مات مسلما وان أخاه الصغير مسلم وادعى النصرانى ان أباه مات نصرانيا وان أخاه الصغير نصرانى فقد قال ابن القاسم فى المدونة فى رجل توفى وترك ابنين أحدهما نصرانى والثانى مسلم ادعى كل واحد منهما ان أباه مات على دينه ان كل شئ لا يعرف لمن هو يدعيه رجلان فانه يقسم بينهما فكذلك هذا وقال أبو غالب الفرضى يتحالفان ويقسم المال الآن نصفين ثم يقال لهما انكما استحقيتما المال بايمانكما وكل واحد منكما يزعم ان الصغير أخوه وشريكه فليعط كل واحد منكما الصغير شطر ما بيده فيصير للصغير نصف مال المتوفى والنصف الثانى بين الكبيرين ووجه ذلك ان كل واحد منهما يقر بان نصف المال للصغير ويدعى كل واحد منهما النصف الثانى لنفسه فيقسم بينهما بعد ايمانهما وهو تفسير قول ابن القاسم (مسئلة) ولو ترك ابنين كبيرين وابنة صغيرة لكان على كل واحد منهما أن يدفع اليها ثلث ما بيده لانهما قد اتفقا على الاقرار لها به وتنازعا فى الثلثين فيقسم بينهما وقوله وهذا يقتضى انه يحكم فى مواريثهم بحكم الاسلام لانه حكم بين مسلم وكافر وقد روى ابن القاسم عن مالك فى كتابى يموت على كفره ثم يسلم أحد ورثته فانهم يتقاسمون على مواريثهم وان كانوا من غير أهل الكتاب فانهم يتوارثون على مواريث الاسلام وقال ابن نافع أهل الكتاب وغيرهم سواء يتوارثون على مواريث الاسلام وقاله سحنون (مسئلة) وهذا اذا لم يكن لواحد منهما بينة قال ابن القاسم وذلك اذا لم يكن معروف الحال فى الأصل فان كان يعرف بنصرانية ولم تكن لهما بينة فقال ابن

وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان ابن يسار أن محمد بن الأشعث أخبره أن عمة له يهودية أو نصرانية توفيت وأن محمد بن الأشعث ذكر ذلك لعمر بن الخطاب وقال له من يرثها فقال له عمر ابن الخطاب يرثها أهل دينها ثم أتى عثمان بن عفان فسأله عن ذلك فقال له عثمان أترانى نسيت ما قال لك عمر بن الخطاب يرثها أهل دينها

القاسم فى المدونة هو على ذلك حتى يثبت اسلامه ببينة (مسئلة) فان شهد لكل واحد منهما بينة وتكافأت البينتان فانهما يقتسمان أيضا وليست الصلاة عليه بشهادة تامة فى كونه مسلما وقال سحنون المال للمسلم مع يمينه و بينة الاسلام أولى لانهم زادوا فى شهادتهم على الأخرى وهذا أيضا اذا لم يكن معروف الحال * قال القاضى أبو الحسن فان كان معلوم النصرانية ثم ادّعى المسلم انه أسلم وأقام بذلك بينة فهو أولى وكذلك لو تقدم العلم باسلامه وأقاما البينة لكانت بينة المسلم أولى (مسئلة) وان كان الموروث كافرا وجميع ورثته كفارا فاحتكموا الينا فان رضوا أجمعون بحكم الاسلام ورثوا على ذلك وان أباه أحدهم ردّوا الى حكم دينهم والله أعلم ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد عن اسماعيل بن أبى حكيم أن نصرانيا أعتقه عمر بن عبد العزيز هلك قال اسماعيل فأمرنى عمر بن عبد العزيز أن أجعل ماله فى بيت المال ﴾ ش قوله فأمره أن يجعل ماله فى بيت المال يريد ان من أعتق عبدا نصرانيا فانه لا يرثه بالولاء لان الولاء مشبه بالنسب فاذا منع الكفر التوارث بالنسب منع التوارث بالولاء وكذلك الصهر فأما العبد يموت وله مال فان المال لسيده وليس على وجه الميراث ولكن على وجه الملك لان الرق يمنع الميراث ولذلك لا يورث بسببه وهو أقوى أسباب التوارث فكل من فيه بقية رق من معتق الى أجل أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد فانه لا يورث وانما يكون ماله لسيده بالملك الا المكاتب يترك وفاء فانه ان ترك ورثة أحرارا أو ترك زوجة وأولادا معه فى الكتابة أو أولادا ولدوا ليسوا معه فى الكتابة فان الزوجة والأولاد الذين كانوا معه فى الكتابة والذين ولدوا فى الكتابة يعتقون بأداء مابقى عليه من الكتابة فما بقى من المال لم ترث منه زوجته ولا أولاده الأحرار وورثه أولاده الذين كانوا معه فى الكتابة والذين ولدوا فيها قاله مالك وسيأتى ذكره بعد هذا فى المكاتب ان شاء الله تعالى ص ﴿ مالك عن الثقة عنده أنه سمع سعيد بن المسيب يقول أبى عمر بن الخطاب أن يورث أحدا من الأعاجم الا أحدا ولد فى العرب * قال مالك وان جاءت امرأة حامل من أرض العدو فوضعته فى أرض العرب فهو ولدها يرثها ان ماتت وترثه ان مات ميراثها فى كتاب الله ﴾ ش قوله أبى عمر أن يورث أحدا من الأعاجم الا أن يولد فى العرب وأما من ولد فى أرض الحرب فلا يخلو أن تكون أسباب التوارث بينهما ثبتت ببينة أو لا تثبت الا بمجرد الدعوى والاقرار فاما أن يسمى رجلان يذكران انهما أخوان فانهما لا يمنعان من الانتساب بالاخوة ولكن لا توارث بينهما وكذلك لو سبيت امرأة وهى حاملة طفلا تزعم انه ابنها فانه يقبل ذلك منها فى انه لا يفرق بينهما ولكنهما لا يتوارثان بذلك (فرع) فلو جاءت امرأة حاملا فولدت ببلد الاسلام توارثا ولو ولدت توأمين توارثا بالاخوة لأب وأم

(فصل) فان شهدت بذلك بينة فلا يخلو أن تكون من المسلمين أو منهم فان كانت البينة من المسلمين مثل الأسرى يكونون عندهم فيعلمون ذلك ويشهدون به فانهم يتوارثون بذلك وأما ان شهد به بعضهم ممن أسلم وعرفت عدالته فانهم لا يتوارثون بذلك لما يتعلق بذلك من التهمة أن يشهد بعضهم لبعض بمثل هذا فيتوصلون بذلك الى قصر أموالهم عليهم (مسئلة) وأما ان أسلم أهل بلد بجملتهم فبقوا فى مكانهم أو تحملوا بجماعتهم فيشهدون بذلك فانها تقبل شهادتهم لان خبرهم يقع به العلم ويبعد عن العدد الكبير التواطؤ على مثل هذا فزالت التهمة ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا والسنة التى لا اختلاف فيها والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أنه لا يرث المسلم الكافر بقرابة ولا ولاء ولا رحم ولا يحجب أحدا عن ميراثه * قال مالك وكذلك كل من لا يرث اذا لم يكن دونه وارث

وحدثنى عن مالك عن يحيي بن سعيد عن اسماعيل ابن أبى حكيم أن نصرانيا أعتقه عمر بن عبد العزيز هلك قال اسماعيل فأمرنى عمر بن عبد العزيز ان أجعل ماله فى بيت المال * وحدثنى عن مالك عن الثقة عنده انه سمع سعيد ابن المسيب يقول أبى عمر بن الخطاب أن يورث أحدا من الأعاجم الا أحدا ولد فى العرب * قال مالك وان جاءت امرأة حامل من أرض العدو فوضعته فى أرض العرب فهو ولدها يرثها ان ماتت وترثه ان مات ميراثها فى كتاب الله * قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا والسنة التى لا اختلاف فيها والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أنه لا يرث المسلم الكافر بقرابة ولا ولاء ولا رحم ولا يحجب أحدا عن ميراثه * قال مالك وكذلك كل من لا يرث اذا لم يكن دونه وارث

فانه لايحجب أحداعن ميراثه ﴾ ش وهذاعلى ماقال انه لايرث المسلم الكافر بقرابة ولاولاء رحم ولامصاهرة ولايحجب من وجوده وعدمه سواء فى الحجب فلوأن رجلا مسلما توفى وترك أبا كافرا وأخا مسلما ورثه أخوه دون أبيه ولو ترك أبوين مسلمين وأخوين كافرين لورثت الأم الثلث ولم يحجبها الأخوان الكافران عن الثلث الى السدس لان من لايرث لايحجب ومعنى ذلك أنه ليس من أهل الميراث فأما من كان من أهل الميراث فانه قد يحجب وان لم يرث فان منعه غيره عن الميراث كالأبوين والأخوين من المسلمين فان الأخوين لايرثان لان الأب يحجبهما وهما يردان الام الى السدس وكذلك الاخوة من الام والاخوة للاب مع الزوج والجد فانه لايبقى بعد ميراث الزوج والجد الا الثلث والاخوة للام يحجبون الاخوة للاب عنه لأنهم أهل فرض والاخوة للاب عصبة ولاحق للعصبة مع ذوى الفروض ثم الجد يحجب الاخوة للام عنه لأنه لايرث الاخوة للام مع وجود وارث ذكر من عمود النسب والله أعلم وأحكم

﴾ من جهل أمره بالقتل أوغيرذلك ﴾

ص ﴾ مالك عن ربيعة بن أبى عبدالرحمن وعن غير واحد من علمائهم انه لم يتوارث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة ثم كان يوم قديد فلم يورث أحد من صاحبه شيأ الا من علم أنه قتل قبل صاحبه * قال مالك وذلك الأمر الذى لا اختلاف فيه ولاشك عند أحد من أهل العلم ببلدنا ﴾
ش قوله انه لم يتوارث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة ويوم قديد وذلك ان هذه الايام كانت فيها حروب شداد قتل فى كل واحدة منها عدد عظيم من الناس حتى تناول ذلك كثيرا ممن كان يتوارث فجهل المقتول منهم أولا فلم يكن بينهم توارث لذلك ومثال ذلك ان يكون اخوان لابوين فيقتتلان فى مثل ذلك اليوم فلايعلم أيهما قتل أولا فهذان لايرث أحدهما من الآخر وان كان لايحجب عن ماله ويرث كل واحد منهما من بقى من ورثته ان كان بقى له وارث خاص فان لم يبق له وارث خاص فبيت المال ص ﴾ قال مالك وكذلك العمل فى كل متوارثين هلكا بغرق أوقتل أوغيرذلك من الموت اذا لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه فان لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه لم يرث أحد منهما من صاحبه شيأ وكان ميراثهما لمن بقى من ورثتهما يرث كل واحد منهما ورثته من الاحياء * قال يحيي وسمعت مالكا يقول لاينبغى أن يرث أحد أحدا بالشك ولايرث أحد أحدا الا باليقين من العلم والشهداء وذلك ان الرجل يهلك هو ومولاه الذى أعتقه أبوه فيقول بنو الرجل العربى قد ورثه أبونا فليس ذلك لهم ان يرثوه بغير علم ولا شهادة انه مات قبله وانما يرثه أولى الناس به من الاحياء ﴾ ش وهذا على ماقال ان كل متوارثين جهل أولهما موتا فانهما لايتوارثان وكذلك القوم يكونون فى البيت فيهدم عليهم فيموتون فلايعلم أيهم أسبق موتا فهؤلاء لايتوارثون ولايرث قرابة أحدهم من الآخر بأى وجه كانت قرابته بأبوة أو بنوة أواخوة أوعصبة أو بولاء أومصاهرة مالم يعلم أيهم مات أولا وكذلك القوم يكونون فى السفينة فيغرقون فلايعلم أيهم مات أولا ولو رؤى أحدهم رافعا رأسه ثم غرق لم يرث ولم يورث لانه لايعرف هل مات من كان يتوارث معه قبله أو بعده وأصل ذلك اجماع الصحابة وقد توفيت أم كلثوم بنت على بن أبى طالب رضى الله عنهما من فاطمة رضى الله عنها وهى زوج عمر بن الخطاب رضى الله عنه وابنها منه زيد فى وقت واحد فلم يدر أيهما مات أولا فلم يرث أحدهما من الآخر وكذلك اجماع الصحابة ومن بعدهم من التابعين على هذا الحكم فى الايام المذكورة قبل هذا والله أعلم وأحكم

عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن وعن غير واحد من علمائهم أنه لم يتوارث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة ثم كان يوم قديد فلم يورث أحد من صاحبه شيأ الا من علم أنه قتل قبل صاحبه * قال مالك وذلك الامر الذى لا اختلاف فيه ولاشك عند أحد من أهل العلم ببلدنا وكذلك العمل فى كل متوارثين هلكا بغرق أوقتل أوغيرذلك من الموت اذا لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه فان لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه لم يرث أحد منهما من صاحبه شيأ وكان ميراثهما لمن بقى من ورثتهما يرث كل واحد منهما ورثته من الاحياء * قال يحيي وسمعت مالكا يقول لاينبغى أن يرث أحد أحدا بالشك ولايرث أحد أحدا الا باليقين من العلم والشهداء وذلك أن الرجل يهلك هو ومولاه الذى أعتقه أبوه فيقول بنو الرجل العربى قد ورثه أبونا فليس ذلك لهم أن يرثوه بغير علم ولا شهادة انه مات قبله وانما يرثه أولى الناس به من الاحياء

(فصل) وقوله ولايرث أحد أحدا بالشك ولا يرثه الا بيقين من العلم والشهداء يريد ان يعلم ذلك الشهداء ويتيقنونه ثم يشهدون به واذا لم يثبت ذلك بشهادة أهل العدل لم يورث بعضهم من بعض (مسئلة) ويعلمون حياة الوارث حين وفاة الموروث وحياة الموروث قبل وفاته فأما من لم تعلم حياته فلا يرث ولا يورث فاذا ولد مولود فعلمت حياته بصراخه ورث وورث وان لم يصرخ لم يرث ولم يورث وروى أبو غالب الفرضي سئل مالك عن المولود يولد فيتحرك أو يرضع ويعطس أو يمكث يوما وليلة وهو حي يتنفس ويرضع أو أكثر من يوم وليلة ولم يستهل صارخا انه لا يرث ولا يورث ولا يصلى عليه والاستهلال الصراخ وهو البكاء والصياح خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما ان حركته دليل على حياته والدليل على ما نقوله أن هذه حركة عريت عن الصراخ فلم تدل على الحياة كالاختلاج (فرع) فأما طول الرضاع فقد تقدم انه لا يدل على الحياة وقد قال القاضي أبو محمد ان أقام أياما فانها تثبت بذلك حياته وجه القول الاول انها حركة عريت عن الصراخ كالمدة القليلة ووجه القول الثاني أن من الحركات ما يشبه الاختلاج فلا يدل على الحياة ومنها ما يدل على الحياة وهذا موجود ومشاهد في الكثير وانما الجواب عندي في هذه المسئلة انه لا يوجد ذلك بوجه مع عدم الصراخ وذلك معلوم بالعادة وذكر القاضي أبو محمد انه اختلف في العطاس (مسئلة) فان ماتت أمه أو موروثه قبل ان يستهل صارخا ثم استهل صارخا بعد ذلك فقد روى أبو غالب ان الاستهلال ثابت له بصراخه ووجه ذلك انه به يعلم وجود حياته في وقت موت موروثه والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك ومن ذلك أيضا الاخوان للاب والام يموتان ولأحدهما ولد والآخر لا ولد له ولهما أخ لأبيهما فلا يعلم أيهما مات قبل صاحبه فميراث الذي لا ولد له لأخيه لأبيه وليس لبني أخيه لأبيه وأمه شئ * قال مالك ومن ذلك أيضا أن تهلك العمة وابن أخيها أو ابنة الاخ وعمها ولا يعلم أيهما مات قبل فان لم يعلم أيهما مات قبل لم يرث العم من ابنة أخيه شيأ ولا يرث ابن الاخ من عمته شيأ ﴾ ش وهذا على ما قال ان الاخوين للابوين اذا ماتا ولاحدهما ولد والآخر لا ولد له ولهما أخ للاب فلا يعلم أي الشقيقين مات أولا فميراث الذي لا ولد له لأخيه لابيه وميراث الاخ لابيه ولا يورث أحد الشقيقين من الآخر لانه قد جهل أولهما موتا وعلى ذلك سائر المواريث والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث ولد الملاعنه وولد الزنى ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنى انه اذا مات ورثته أمه حقها في كتاب الله عز وجل واخوته لامه حقوقهم ويرث البقية موالي أمه ان كانت مولاة وان كانت عربية ورثت حقها وورث اخوته لامه حقوقهم وكان ما بقي للمسلمين * قال مالك وبلغني عن سليمان بن يسار مثل ذلك * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا ﴾ ش قوله ان ولد الملاعنة ترثه أمه واخوته لامه ومعنى ذلك انهم يتوارثونه على سنة كتاب الله تعالى لامه الثلث ان لم يكن له اخوان فأكثر فان كان له اخوان فأكثر فلامه السدس ولاخيه السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث وأما زوج أمه الذي انتفى منه باللعان فلا توارث بينهما ولو أكذب نفسه واستلحقه وذلك في حياة الابن فان الأب يجلد حد الفرية ويلحق به الولد فيتوارثان وان استلحقه وأكذب نفسه بعد موت الابن فلا يخلو ان يكون للابن ولد او لا يكون له فان لم يكن له ولد جلد الحد ولم يرثه وان كان له ولد ذكر أو أنثى جلد الحد وورثه مع ولده ووجه ذلك انه انما يستلحق الحي فاذا

قال مالك ومن ذلك أيضا الاخوان للاب والأم يموتان ولأحدهما ولد والآخر لا ولد له ولهما أخ لأبيهما فلا يعلم أيهما مات قبل صاحبه فميراث الذي لا ولد له لأخيه لأبيه وليس لبني أخيه لأبيه وأمه شئ * قال مالك ومن ذلك أيضا أن تهلك العمة وابن أخيها أو ابنة الأخ وعمها ولا يعلم أيهما مات قبل فان لم يعلم أيهما مات قبل لم يرث العم من ابنة أخيه شيأ ولا يرث ابن الأخ من عمته شيأ

﴿ ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا ﴾

حدثني يحيى عن مالك انه بلغه أن عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنا انه اذا مات ورثته أمه حقها في كتاب الله عز وجل واخوته لامه حقوقهم ويرث البقية موالي أمه ان كانت مولاة وان كانت عربية ورثت حقها وورث اخوته لامه حقوقهم وكان ما بقي للمسلمين * قال مالك وبلغني عن سليمان بن يسار مثل ذلك * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا

مات ولم يخلف ولدا يلحق نسبه بالاستلحاق ولم يكن للاستلحاق تأثير ولا معنى واذا ترك ولدا صح استلحاقه وثبت نسبه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو نفى الزوج حمل امرأته بلعان فولدت توأمين فانهما يتوارثان اخوة لاب وأم فان مات أحدهما وترك أمه وأخاه التوأم معه ورثت أمه الثلث وورث أخوه الباقي ولو كان لأمه ولد من الزوج الذي نفى هذا الحمل ولدته قبل هذا الحمل فمات أحد التوأمين فان الولد الذي ولدته خال الزوجية أخو المتوفى لأمه فيرث منه السدس وترث أمه السدس ويرث الباقي التوأم معه وأما ولد الزنا فلو أن مغتصبة أو زانية ولدت توأمين في بطن فانهما يتوارثان بالأمومة خاصة والفرق بينهما أن ولد الملاعنة عن وطء شبهة درأت الحد عنها فلذلك ترث ولدها على ما قدمناه وأما ولد المغتصبة وولد الزانية فليس في الوطء الذي هما عنه شبهة وانما هو محض الزنا فليس بينهما نسب الا بالأمومة وأما ولد المسبية تخرج من دار الحرب حاملا فان التوأمين عند المغيرة اخوان وذكر ابن سحنون في كتاب السير هما اخوان لأم وأب وبه قال القاضي أبو الحسن قال والفرق بين توأمي الزنا والمغتصبة انهما وان كانا لا يعرف لهما أب الآن فانه يجوز أن يعرف بعد هذا بخلاف توأمي الزنا فانه لا يثبت لهما أب بوجه والله أعلم

(فصل) وقوله وورث البقية موالي أمه ان كانت مولاة يريد انهم عصبة الذين أعتقوا أمه فهم من مواليهم فهم يرثونه بالولاء لما عدم النسب من قبل أبيه وقوله وان كانت عربية ورثت حقها وورث اخوته لأمه حقوقهم وكان ما بقي للمسلمين يريد أن تكون عربية باقية على أصل الحرية ولو كانت عربية قد أسرت لكان حكمها ما تقدم وأما الحرة فان عشيرتها ليسوا بعصبة ولدها وانما هم اخواله فلا حق لهم في الميراث وأما الولاء فان الرجل يرث من تعتقه أخته وابنته لان له حكم التعصيب والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما توارث المتلاعنين فان مات أحدهما قبل تمام اللعان فان كان الزوج أكمل لعانه ثم ماتت الزوجة بعد أن شرعت وأكملت الأربع أيمان ولم يبق عليها الا أن تخمس بالغضب فانه يرثها ولو مات الزوج بعد ما التعن وتم لعانه بالخمس فانه يقال للمرأة التعني وادرئي عن نفسك العذاب فان التعنت تم بذلك اللعان بينهما ووجبت الفرقة ولم ترثه وان نكلت عن اللعان فلها الميراث من زوجها وعليها الجلدان كانت بكرا والرجم ان كانت محصنة ووجه ذلك أن بتمام اللعان بينهما تقع الفرقة ويبطل الميراث * والله أعلم وأحكم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب العتاقة والولاء)

﴿ من أعتق شركا له في مملوك ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق ﴾ ش قوله من أعتق شركا له في عبد لفظ عام في كل معتق فان كان العبد مسلما لمسلمين فأعتق أحدهما حصته قوم عليه الباقي على ما يأتي بعد هذا وان كان العبد نصرانيا لمسلمين فأعتق أحدهما حصته ففي الموازية وغيرها يقوم على المعتق منهما وكذلك اذا كان العبد مسلما لنصرانيين يريد ان العبد المسلم لنصرانيين يعتق أحدهما حصته يقوم على المعتق حصة شريكه وبه قال الشيخ أبو القاسم حكاه عنه القاضي أبو محمد وحكى عن المذهب نفي التقويم قال ووجه ذلك أن

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب العتاقة والولاء)
﴿ من أعتق شركا له في مملوك ﴾
* حدثني مالك عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق

تكميل العتق من حقوق الله تعالى والكفار لا يؤخذون بحقوق الله تعالى قال ووجه ايجاب
التقويم ان فى تكميل العتق ثلاثة حقوق أحدها الله تعالى والثانى للشريك والثالث للعبد
فيجب على هذا أن يكمل على النصرانى المعتق نصيب شريكه من العبد المسلم لأنه حكم بين نصرانى
ومسلم واذا كان العبد نصرانيا لمسلم ونصرانى فأعتق حصته المسلم قومت عليه حصة النصرانى
وان أعتق النصرانى حصته قال ابن القاسم لا يقوم عليه حصة المسلم لان العبد النصرانى لو كان
جميعه للنصرانى فأعتق بعضه أو جميعه لم يحكم عليه بعتقه سحنون وقال غيره يقوم عليه ووجه
ذلك انه حكم بين مسلم ونصرانى فطلب فيه حكم الاسلام كما لو كان العبد المسلم لنصرانى ومسلم وأما ان
كان العبد النصرانى لمسلم ونصرانى فابتدأ المسلم العتق فانه تقوم عليه حصة النصرانى وان أعتق
النصرانى فلا تقويم عليه عند ابن القاسم وأشهب وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون
تقوم على من أعتق منهما وجه القول الأول ان العبد المعتق والمبتدئ لعتقه هما نصرانيان فليس
لحاكم الاسلام أن يحكم بينهما ووجه القول الثانى أن الحق فى ذلك للشريك وهو مسلم فلزم أن يحكم فيه
بحكم الاسلام (مسئلة) ولو كان العبد لعبد وحر فأعتق العبد حصته ففى الموازية لا عتق له الا باذن
السيد فان أذن السيد فى ذلك قوم فى مال السيد كان للعبد مال أو لم يكن وكذلك لو كان بغير اذنه
ثم أجاز قال سحنون فى كتاب ابنه ويستوعب فى ذلك مال السيد وان احتيج الى بيع رقبة العبد
قال سحنون وهو فى العتبية لأصبغ عن ابن القاسم لو قال السيد قوموه على العبد فما بيده لم يقوم
عليه ووجه ذلك ان الجناية فى هذا انما هى من قبل السيد لانه لولا اذنه لم ينفذ عتق العبد فوجب
أن يكون فى ماله ثم ان شاء هو أن ينتزع مال العبد كان له ذلك

(فصل) وقوله ان من أعتق شركا له فى عبد يريد نصيبا له فى عبد وذلك يقتضى نفاذ عتقه فى حصته
وقد قال مالك سواء أعتق باذن شريكه أو بغير اذنه لا بد أن يقوم أو يعتق ووجه ذلك انه حق لله
تعالى فلا يجوز اذن السيد فيه

(فصل) وقوله فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه يقتضى والله أعلم أنه ان كان موسرا بثمن العبد
ثبت عليه حكم التقويم على ما نذكره بعد هذا فلو كان معسرا فهل لشريكه التقويم عليه أم لا قال
مالك فى كتاب ابن المواز لشريكه أن يقوم عليه حصته ويتبعه فى ذمته وقال ابن القاسم فى المدونة
ليس له ذلك ووجه قول مالك ما احتج به من ضرر التأخير على الذى لم يعتق ولا ضرر فى ذلك على
المعتق وهو جان فلا معنى عليه أن يتبع ذمته بجنايته وهى ما أدخل فى حصته من ضرر شريكه
المعتق ووجه قول ابن القاسم ان هذا متعلق بماله دون ذمته فليس لشريكه أن يعلق ذلك بذمته والله
أعلم (مسئلة) ولو كان معسرا يوم العتق فرفع الى الحاكم فحكم بسقوط التقويم ثم أيسر فلا
يقوم عليه ولو لم يرفع حتى أيسر ففيه روايتان احداهما اثبات التقويم عليه والاخرى نفيه قال
القاضى أبو محمد وجه اثبات التقويم عموم الخبر قوله صلى الله عليه وسلم فكان له مال وذلك عام
فى جميع الاوقات ومن جهة المعنى أن هذا موسر حين التقويم عليه لم يحكم بعسره قبل ذلك فلزمه
التقويم كالذى أيسر يوم العتق ووجه الرواية الثانية أن هذه جناية فكان الاعتبار بيسر الجانى
يوم الفعل دون يوم الجناية كسائر الجنايات وفى هذا الدليل نظر لان سائر الجنايات متى أيسر بعد ذلك
لزمه ارش الجناية (مسئلة) ومما يعلم به عسره أن لا يكون له مال ظاهر ويسأل عنه جيرانه ومن
يعرفه فان لم يعلموا مالا له أحلف ولم يسجن قاله عبد الملك فى كتاب ابن سحنون قال سحنون وقاله

أصحابنا جميعا الا اليسير فلا يستحلف عندهم وجه القول الأول ان ظاهر عدمه يكفي منه ما تقدم فيلزمه أن يحلف ليبرأ باطنه كالمفلس بالدين ووجه القول الثاني ان هذه يمين نكل عنها لم يسجن ولا قضى عليه بالمال فلا تأثير لها فوجب أن يبطل (مسئلة) قال مالك في الموازية وتباع في ذلك داره وشوار بيته وكسوته من فضول الثياب ويترك له كسوة ظهره وعيشه الايام قال أشهب انما يترك له ما يوارى به لصلاته قال عبد الملك انما يترك له ما لا يباع على المفلس ووجه ذلك ان حكمه حكم المفلس بل أشد لتعلق حق العتق به ومن تعلق حق العتق بماله لم يترك له الا ما يوارى به للصلاة كالرقبة تلزمه لظهاره (مسئلة) وان كان له مدبرون أو معتقون الى أجل فلا حكم للقيمة في مثل هذه لبعده وأما ديونه فان كانت على أملياء حضور وأمدها قريب قومت في ذلك وتتبع ذمته وان كانت منسية أو أهلها غيب فليس عليه أن يخرج منها عبده قاله ابن الماجشون وفي كتاب ابن المواز ينتظر دينه ويمنع شريكه من البيع وينتظر له تلوما لا ضرر فيه (مسئلة) ومتى يراعى حاله قال ابن نافع انما ينظر الى حاله يوم التقويم فان كان له مال قوم عليه وان كان يوم العتق معسرا وقال مطرف عن مالك ان كان أعتق وهو معسر فان كان عدمه بينا عند الناس كلهم ثم أيسر فلا تقويم عليه الا أن يكون العبد غائبا وروى ذلك كله ابن حبيب ووجه القول الاول ان حال العبد انما يعتبر حال التقويم فكذلك حال العتق

(فصل) وقوله من أعتق شركا له في عبد يحتمل أن يكون هذا العتق بلفظ العتق ويحتمل أن يكون بغيره اذا تضمن معنى العتق وقال مالك في العتبية والموازية في عبد بين رجلين قال أحدهما للعبد قد وهبتك نصيبي منك فانه يعتق ويقوم عليه حصة شريكه كما لو قال لعبد يملك جميعه وهبتك نفسك لكان عتقا وقاله سحنون ومعنى ذلك ان ما عتق به الكل عتق به البعض كلفظ العتق (مسئلة) ولا يخلو أن يكون عتق الجزء من العبد معجلا أو مؤجلا فان كان معجلا ففي كتاب ابن المواز وابن سحنون فيمن أعتق حصته من عبد الى سنة عن مالك والمغيرة وابن القاسم يقوم عليه الآن ليعتق الى الأجل قال سحنون وقال آخرون ان شاء التمسك قوم عليه الساعة وكان جميعه حرا الى السنة وان شاء تماسك وليس له بيعه قبل السنة الا من شريكه فاذا تمت السنة قوم على مبتدىء العتق بقيمته يوم التقويم وقاله عبد الملك بن الماجشون وهذا ان تماسك الثاني ولو عجل الثاني العتق فروى عيسى عن ابن القاسم يقوم خدمته الى السنة فيؤخذ من معجل العتق ويدفع الى صاحبه قال ثم رجع وقال يقضى عليه بعتق نصفه الآن ونصفه الى سنة ولا يؤخذ من هذا قيمة خدمته ولا ؤه لغيره (مسئلة) ولو بتل الاول وأجل الثاني ففي المدونة لابن القاسم يفسخ ما صنع ويضمن شريكه حصته وكذلك لو دبر حصته قال ابن سحنون ورواه عن مالك أشهب وابن نافع وحكى الشيخ أبو القاسم ان أعتق الثاني حصته الى أجل أو كاتب أو دبر وشريكه موسر لم يكن ذلك له ولو كان معسرا جاز ذلك قال القاضي أبو محمد اذا أعتق الثاني الى أجل فهو كمن لم يعتق ودفعت اليه القيمة ونجز العتق وقال عبد الملك يقع العتق منجزا منهما ورواه ابن سحنون عن المغيرة قال لأن الثاني ترك التقويم واستثنى من الرق ما ليس له (مسئلة) ولو أعتق أحد الشركاء حصته بعد اعتاق المعسر لم يقوم عليه حصص شركائه قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك ان الجناية لتبعيض العتق وقعت من غير جهته وسابقة لاعتاقه والتقويم انما يلزم بالجناية

(فصل) وقوله فان كان له مال يبلغ ثمن العبد يريد حصة الاشتراك منه قوم قيمة عدل ومعنى ذلك

أن يكون له مال يبلغ قيمة ما بقي من العبد قال فان كان له مال يبلغ بعض ذلك فقد روى القاضي أبو محمد يقوم عليه من نصيب شريكه بقدر ماله فيعتق عليه ويبقى ما زاد على ذلك لشريكه على حكم الرق قال سحنون ان وجد عنده بعض القيمة عتق منه بقدر ذلك ما لم يكن تافها الا ينزع مثله لغرمائه من الثوب له والفضل في قوته والشيء الخفيف قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه وذلك انه يقتضي أن ما يعتق عليه باقيه بتقويم السلطان لا قبل ذلك ومعنى ذلك ان لشريكه أن يعتق حصته ان شاء وقد رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية وروى أشهب عن مالك في الموازية ولو أقام شهرا أو خمسة أشهر سا كنا كان له أن يعتق ومعنى ذلك انما يعتق عليه بالحكم لا بالسراية قال القاضي أبو محمد وهو أظهر الروايتين ومعنى ذلك انه اذا أعتق عليه بالتقويم وقف الشريك أولا فان أراد أن يعتق فذلك له دون المبتدي بالعتق وان لم يرد المبتدىء بالعتق اتمام عتق العبد وقد قيل في المبتدىء يعتق نصيبه يعتق عليه بالسراية قاله الشيخ أبو القاسم وانه ضامن لنصيب شريكه قال القاضي أبو محمد وهو قول الشافعي والدليل على ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق العبد فشرط في عتقه التقويم ومن جهة المعنى أن تصرف الانسان في ملكه لا يسرى الى ملك غيره كالبيع ولان التقويم لازالة الضرر عن الشريك انما يكون بالحكم كالشفعة وقد قال القاضي أبو محمد في معونته لا يعتق بالسراية في أظهر الروايتين وهذا يقتضي رواية أخرى ان العتق يكون بالسراية ووجه هذا القول انه أعتق بعض عبد فيكمل عليه باقيه فوجب أن يكمل بالسراية كما لو كان جميعه له (فرع) فاذا قلنا لا يكمل الا بحكم فقد قال القاضي أبو محمد وغيره ليس للشريك أن يقول أنا أرضى ببقاء حصتي على حكم الرق ولا أريد التقويم على مبتدىء العتق. وروى البصريون عن مالك لا ينظر الى قول العبد لا أريد تكميل عتق ووجه ذلك انه حق لله تعالى متعلق به فليس للسيد ولا للعبد اسقاطه كما ليس لواحد منهما رد عتقه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم قوم عليه قيمة عدل يريد قيمة لا زيادة فيها ولا نقص وفي الموازية يعتق عليه بما أفاد بعد عتق الجزء منه من مال أو ولد من أمته ولو كانت أمة قومت بمالها وولدها وكذلك لو دخله عيب فانما عليه قيمته يوم الحكم قاله مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب * قال مالك في العتبية في العبد الزارع ينقص ثمنه بالفسطاط يقوم بموضعه ولا ينقل الى الفسطاط وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في جارية بين رجل وزوجته أراد شراءها فأبت عليه زوجته فتزايدا فيها حتى بلغت ستمائة دينار فشاور المخزومي واستغلاها فقال له أعتق حظك منها ولا يلزمك الا القيمة ففعل فرفع الى ابن عمر فأمر باعادة النداء عليها فان زيد على ستمائة والا ألزمها بالستمائة فاستحسن ذلك وكان ابن أبي حازم يقول دمر المسكين دمر وقد قال مالك فيمن أعطى برأس له ثمنا ثم قتله رجل بحدثان ذلك يلزمه الأكثر من الثمن أو القيمة قال أبو بكر بن محمد قال سحنون لا يلزمه الا القيمة (مسئلة) ولو ادعى مبتدىء العتق فيه عيبا كالاباق والسرقة وأنكر ذلك المتمسك فقد اختلف فيه قول ابن القاسم من رواية ابن حبيب عن أصبغ عنه فقال لا يحلف بدعواه ويقوم سليما ثم رجع فقال يحلف قال أصبغ وبه آخذ وجه القول الاول ان هذا مجرد دعوى فلا يتعلق بها يمين في عيب كالمشتري يدعي عيبا فيما اشتراه ووجه القول الثاني ان المعتق يدعي على المتمسك بالرق ما يوجب نقص القيمة ويضيف ذلك الى علمه فلا يستحق جميعها عليه الا بعد يمينه (فرع) فاذا قلنا انه لا يحلف بمجرد الدعوى فأقام شاهدين فانه يقوم معيبا وان أقام شاهدا واحدا أحلف فان نكل حلف المتمسك

ماعلم بما ذكر من العيب قاله مالك في العتبية والواضحة وقال ابن المواز لا يوجب الشاهد على العدل يمينا وقال أشهب وابن عبد الحكم يحلف المتمسك اذا شهد بالعيب غير العدل والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يقوم عليه لفظ يقتضي أن المبتدئ بالعتق واحد ولو كانا اثنين ابتدآ بالعتق معا فانه يقوم عليهما فلو كان لأحد الشركاء نصفه وللآخر ثلثه وللثالث سدسه فأعتق صاحب الثلث والسدس معا فان مالكا في الموازية يقوم على كل واحد منهما بقدر ماله فيه كالشفعة في اختلاف الانصباء قال سحنون وهو قول ابن القاسم وأشهب قال ابن المواز وقال المغيرة يقوم بينهما بنصفين وكان يقول بالأول ثم رجع عنه قال سحنون وبالقول الثاني قال عبد الملك ورواه ابن نافع عن مالك ووجه القول الأول أنه حق يتعلق بالمال لازالة الضرر عن الشركاء فكان على قدر الانصباء كالشفعة ووجه القول الثاني ان الموجب للتقويم عليهما الجناية بالعتق وذلك لا يختلف بقلة السهم وكثرته فوجب أن يستويا في ذلك (فرع) فان كان أحدهما معسرا والآخر موسرا ففي الموازية ان مالكا وأصحابه أجمعوا على انه يتم عتقه على الموسر وروى ابن حبيب عن مالك انه لا يقوم عليه الا ما كان يقوم عليه لو كان صاحبه موسرا قال ابن حبيب وهو قول جميع المصريين قال ورواه سحنون عن مالك عن عبد الملك وقوم من أصحابنا لم يسمهم ووجه القول الأول أن الموسر لو انفرد بعتق نصيبه للزمه قيمة باقي العبد والمعسر لو انفرد بذلك لم يلزمه شيء فلم يكن لجناية المعسر تأثير كما لو انفرد كل واحد منهما ووجه القول الثاني أن الجناية موجودة منهما وهي توجب التقويم فلم يقوم على أحدهما الا على حسب ما يقتضيه الاشتراك كما لو كانا مليين (مسئلة) ولو أعتق أحدهما أولا وهو معسر ثم أعتق الثاني بعده وهو موسر ففي كتاب ابن حبيب قال مالك وجميع أصحابه لا يقوم على الثاني وقال ابن نافع يقوم على الثاني ان كان مليا وعاب ذلك ابن حبيب قال سحنون واحتج ابن نافع لذلك فقال أرأيت ان أراد المتمسك أن لا يقوم ورضي بالضرر وأبى العبد أليس ذلك للعبد يريد أن ذلك فيه حق للعبد والثاني قد أدخل فيه من تبعيض العتق ما أدخله الاول فاذا لم يكن للعبد أن يقوم على الاول لعسره قوم على الثاني ووجه قول مالك ان التقويم انما يختص بمن ابتدأ العتق ولذلك لا يلزم الشريك المتمسك بارق وهذا معدوم في الثاني لانه لم يبتدئ العتق فلا يلزمه التقويم (فرع) ومن ورث جزأ من أبيه لم يتم عليه عتقه ثم ان ابتاع مما رق منه شيأ أو وهب له أعتق ذلك الجزء فقط ولم يتم عليه باقيه قاله مالك في الموازية وروى سحنون عن ابن نافع يقوم عليه الباقي ووجه ذلك أن الجزء الذي أعتق عليه بالميراث هو ابتداء الضرر في الملك ولم يكن من فعله فلا يقوم عليه ثم ما ابتاع بعد ذلك لم يقوم عليه باقيه لان ابتداء الضرر قد وقع بجزء الميراث ولا صنع له فيه ولذلك قال الشيخ أبو محمد وذلك اذا اشترى أو قبل الهبة بعد ما ورث منه ووجه ذلك ان الميراث معنى يعتق به عليه ما ملك منه فلم يمنع من أن يعتق عليه ما ابتاع منه بعده كما لو ابتاع جزأ فأعتقه ثم ابتاع جزأ آخر (فرع) ولو وهب له جزء ممن يعتق عليه فقبله تم عليه عتقه وان لم يقبله عتق الجزء وحده رواه ابن المواز عن مالك وقال ابن الماجشون ان قبله أو لم يقبله لا تقويم عليه ويعتق ذلك الشقص وقال ابن حبيب عن أصبغ في الهبة ان لم يقبله لم يعتق منه شيء ووجه القول الأول انه اذا قبله فقد وجد القبول لادخال الضرر في العتق كما لو ابتاعه واذا لم يوجد منه القبول فلم يوجد من جهته ضرر فلا يقوم عليه كما لو ورثه ووجه قول ابن الماجشون ان قبوله لا تأثير له في رد الهبة ومنع ما وهب من العتق فلم يوجب ذلك التقويم عليه كما لو قبل ما ورث ووجه قول أصبغ ان الهبة لا تتم الا

بالقبول فاذا لم يوجد القبول لم تصح الهبة واذا لم تصح لم يعتق منه شئ

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فأعطى شركاؤه حصصهم يريد والله أعلم أعطى كل واحد منهم بقدر ماله فى العبد من القيمة التى لزمت المعتق بالتقويم وأعتق عليه العبد يريد ان العتق يكون له ومعنى ذلك ان ولاء العبد يكون له لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال انما الولاء لمن يعطى الورق ومن جهة أخرى وانما الولاء لمن أعتق وقد وجد منه الامران العتق واعطاء الورق والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والا فقد عتق منه ما عتق ظاهره انه من قول النبى صلى الله عليه وسلم لاتصاله بحديثه وليس فيه ماينفى ذلك وكذلك رواه مالك وعبيد الله بن عمر وقال أيوب عن نافع من أعتق نصيبا له فى مملوك أو شركا له فى عبد فكان له من المال مايبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتق قال نافع والا فقد عتق منه ما عتق قال أيوب لا أدرى أشئ قاله نافع أو شئ فى الحديث وقول مالك وعبيد الله أولى لانهما قد حققا الرواية ولم يشكا ومالك وعبيد الله أثبت من نافع ومن أيوب وان كان أيوب ثبتا مقدما فيه وذلك يقتضى انه يقضى بالعتق عند عمر مبتدىء العتق على من أعتق منه وهذا يمنع الاستسعاء وقال أبو حنيفة يستسعى العبد فى قيمته والدليل على مانقوله الحديث المتقدم والا فقد عتق منه ما عتق ومن جهة المعنى انه استسعاء فلم يكن لازما كالكتابة والعبد لم يحز ولاء سيده المتمسك بنصيبه فكما لا يلزمهما الاستسعاء قبل أن يبدأ العتق فكذلك بعده (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان عنده من المال مايقوم منه بعض مابقى من العبد على حكم الرق عتق منه بقدر ذلك واسترق الباقى المتمسك بالرق ويجرى الحكم بينه وبين سيده فى عمله وغلته ونفقته على ماتقدم فى كتاب الوصايا من حكم المعتق بعضه والله أعلم (مسئلة) وهذا الحكم فى عبد مشترك فأما ان أعتق شقصا من عبده فانه يعتق عليه باقيه ووجه ذلك أنه يكمل عليه عتقه اذا كان الباقى لغيره ويزال عنه ملك الغير ويجبر على شرائه فبأن يكمل عليه عتقه وهو ماله أولى وأحرى ولانه لما كان باقى العبد له كان موسرا بعتقه والله أعلم (فرع) وهل يعتق عليه بالحكم أو بالسراية قال القاضى أبو محمد اختلف فى ذلك عن مالك فعنه فيه روايتان احداهما بالحكم والثانية بالسراية وجه قولنا يعتق عليه بالحكم انه عتق يتمم على مبتدئه فثبت بالحكم كالذى يعتق حصته من عبد مشترك ووجه القول بالسراية ان العتق يبنى على التغليب والسراية فاذا بعضه فى حق نفسه سرى الى جميعه كما لو قال يدك حر أو رجلك حر ص ﴿ قال مالك والأمر المجتمع عليه عندنا فى العبد يعتق سيده منه شقصا ثلثه أو ربعه أو نصفه أو سهما من الأسهم بعد موته انه لايعتق منه الا ما أعتق سيده وسمى من ذلك الشقص وذلك ان عتاقة ذلك الشقص انما وجبت وكانت بعد وفاة الميت وان سيده كان مخيرا فى ذلك ماعاش فلما وقع العتق للعبد على سيده الموصى لم يكن للموصى الا ما أخذ من ماله ولم يعتق مابقى من العبد لان ماله قد صار لغيره فكيف يعتق مابقى من العبد على قوم آخرين ليسوا هم ابتدؤا العتاقة ولا أثبتوها ولا لهم الولاء ولا يثبت لهم وانما صنع ذلك الميت وهو الذى أعتق وأثبت له الولاء فلا يحمل ذلك فى مال غيره الا أن يوصى بان يعتق مابقى منه فى ماله فان ذلك لازم لشركائه وورثته وليس لشركائه أن يأبوا ذلك عليه وهو فى ثلث مال الميت لانه ليس على ورثته فى ذلك ضرر ﴾ ش قوله ان العبد يعتق سيده منه حصة بعد موته فانه لا يعتق عليه باقيه ان كان له مال سحنون ولا يعتق عليه نصيب شريكه قال وهو قول جميع أصحابنا وقول مالك فى موطئه ووجه ذلك ما احتج به من ان

قال مالك والأمر المجتمع عليه عندنا فى العبد يعتق سيده منه شقصا ثلثه أو ربعه أو نصفه أو سهما من الاسهم بعد موته أنه لا يعتق منه الا ما اعتق سيده وسمى من ذلك الشقص وذلك ان عتاقة ذلك الشقص انما وجبت وكانت بعد وفاة الميت وان سيده كان مخيرا فى ذلك ما عاش فلما وقع العتق للعبد على سيده الموصى لم يكن للموصى الا ما أخذ من ماله ولم يعتق مابقى من العبد لأن ماله قد صار لغيره فكيف يعتق من العبد على قوم آخرين ليسواهم ابتدؤا العتاقة ولا أثبتوها ولا لهم الولاء ولا يثبت لهم وانما صنع ذلك الميت وهو الذى اعتق واثبت له الولاء فلا يحمل ذلك فى مال غيره الا أن يوصى بأن يعتق مابقى منه فى ماله فان ذلك لازم لشركائه وورثته وليس لشركائه أن يأبوا ذلك عليه وهو فى ثلث مال الميت لأنه ليس على ورثته فى ذلك ضرر

قال مالك ولو أعتق الرجل ثلث عبده وهو مريض فبت عتقه عتق عليه كله فى ثلثه وذلك انه ليس بمنزلة الرجل يعتق ثلث عبده بعد موته لأن الذى يعتق ثلث عبده بعد موته لو عاش رجع فيه ولم ينفذ عتقه وأن العبد الذى يبت سيده عتق ثلثه فى مرضه يعتق عليه كله ان عاش وان مات عتق عليه فى ثلثه وذلك ان أمر الميت جائز فى ثلثه كما أن أمر الصحيح جائز فى ماله كله

المال ينتقل عنه الى الورثة بموته وليس له منه الا ما تمسك به من ثلثه ولم يتمسك الا بما أوصى بعتقه وقد قال مالك لو رثته باقى العتق فلا يعتق عليهم وهم لا يجبوا العتق فكان ذلك بمنزلة من أعتق شقصا له من عبد وليس له مال غير ذلك الشقص فان باقيه يرق والله أعلم

(فصل) ولو أوصى أن يتمم عليه فى ثلثه فقد قال مالك يقوم فى ثلثه ووجه ذلك انه قد تمسك بهذا القدر من ماله فلزم أن يعتق عليه فيه كالحى الغنى

(فصل) وليس لشركائه أن يأبوا ذلك ويلزمهم ويلزم ورثته يريد انه اذا أوصى بذلك لم يكن لورثته الامتناع منه اذ الثلث يحمله ولا يكون لشريكه الامتناع منه لأنه قد لزمه أن ينفذ عتقه أو يقوم على الموصى قال سحنون للمتمسك أن يعتق نصيبه ولا يقوم وقاله ابن حبيب عن ابن الماجشون قال وقال مطرف عن مالك ليس لشريكه أن يعتق ويلزمه التقويم كما لو أعتق الشريك جميعه فاما قول ابن الماجشون فلان هذا مبتدىء عتق عبد مشترك فكان لشريكه انفاذ عتق حصته كما لو أنفذ عتق ذلك الشقص وهو صحيح والذى رواه مطرف عن مالك يحتمل أن يكون على قول من قال يعتق بالسراية قال سحنون ورأيت رواية لابن وهب عن مالك وهى وهم لا أعرفها اذا أبى شريكه فانه يعتق منه ما ملك فقط وباقى الثلث للورثة

(فصل) وقوله وذلك ان عتاقة ذلك الشقص انما وجبت بعد وفاة الموصى وكان مخيرا فى ذلك ما عاش يريد ان من أوصى بعتق شقص من عبده أو بعتق شقص له من عبد سائره لغيره فانه لا يقوم عليه الآن ولا يعتق عليه سائره لان عتقه بعد لم يلزم وانما يلزم بموته من ذلك لان له الرجوع عنه فى حياته (مسئلة) ومن أعتق بعض عبده فى مرضه كمل عليه باقيه فى ثلثه ولو أوصى بعتق جزء منه بعد موته ففى تكميله روايتان احداهما وجوبه والأخرى نفيه وجه الرواية الأولى انه مختار لتبعيض العتق فلزم التقويم فى ماله كما لو انفذ عتقه ووجه الرواية الثانية انها وصية بعتق بعض عبد فالعتق انما يقع بعد موته وحينئذ يوجد التبعيض منه بوقوع العتق وذلك وقت لا مال له لا سيما ولم يستثن منه شيأ فأشبه المعسر يعتق بعض عبد فانه لا يتمم عليه ص ﴿ قال مالك ولو أعتق الرجل ثلث عبده وهو مريض فبتت عتقه عتق عليه كله فى ثلثه وذلك انه ليس بمنزلة الرجل يعتق ثلث عبده بعد موته لان الذى يعتق ثلث عبده بعد موته لو عاش رجع فيه ولم ينفذ عتقه وان العبد الذى يبت سيده عتق ثلثه فى مرضه يعتق عليه كله ان عاش وان مات عتق عليه فى ثلثه وذلك ان أمر المريض جائز فى ثلثه كما ان أمر الصحيح جائز فى ماله كله ﴾ ش وهذا على نحو ما قال ان المريض اذا أعتق جزأ من عبده فانه يعتق جميعه فى ثلثه وذلك ان مات فى مرضه ذلك وفرق مالك بين هذا وبين الذى يوصى بعتق ثلث عبده بان هذا قد لزمه العتق وان عاش تم عليه والذى أوصى بعتق ثلث عبده لو عاش كان له الرجوع عنه (فرع) ومتى يقوم باقى العبد الذى أعتق المريض شقصا منه روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فى الذى يعتق شقصا له من عبد يقوم عليه فى ثلثه سواء عثر عليه قبل أن يموت أو بعده وقال ابن الماجشون لا يقوم عليه حتى يصح فيقوم عليه فى ماله أو يموت فيعتق فى ثلثه ما أعتق ولا يقوم عليه نصيب صاحبه وان حمله الثلث لان التقويم لا يلزم الا فى عتق يتعجل أو يتأجل الى أجل قريب لا يرده دين وهذا قد يرده الدين الا أن تكون له أموال مأمونة فيقوم عليه ويعجل له العتق قبل أن يموت وروى سحنون عن أبيه عن ابن القاسم يوقف فان مات قوم عليه فى ثلثه أو ما حمل منه وان كانت له أموال مأمونة قوم فيها وجه القول الأول ان ابتداء العتق

جناية فلم يمنع مرضه من مطالبته بها ولا تفوت بموته الا انه لما كان من باب البر لم يكن له أن يتجاوز بذلك ثلثه و وجه القول الثانى ما تقدم من قول ابن الماجشون والله أعلم (مسئلة) ومن أعتق فى مرضه عبدا له فلم يحمله الثلث فأجاز بعض الورثة حصته فلا تقويم عليه والولاء للميت رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك و وجه ذلك ان الوارث انما أجاز فعل الميت فلم يدخل ضررا فى الملك وقد روى مطرف عن مالك ان أعتق الوارث سهمه مما رق منه لم يقوم عليه وله ولاء تلك الحصة وان لم يقوم عليه لانه لم يبتدئ بادخال الضرر وقد تقدمه بذلك الميت كثلاثة اشراك ابتدأ أحدهم بعتق حصته وهو معسر ثم أعتق الثانى وهو موسر فلا يقوم عليه و يأتى على قول ابن نافع انه يقوم عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أعتق بعض عبده فقد روى فى الموازية أشهب عن مالك انه ان لم يتمم عليه حين مات انه لا يتمم عليه باقيه قال سحنون فى كتاب ابنه هذا قول أصحابنا ولو مات مكانه أو أفلس و روى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم عن مالك من أعتق بعض عبده أو سهما من عبد باقيه لغيره فلم يتمم عليه حتى أفلس فلا يتمم ما بقى كالو مات و وجه ذلك أن حق الغير قد تعلق بالمال فكان بمنزلة حال المعسر بل هو أشد حالا منه لان الميت متيقن العدم والمفلس مطلوب بحقوق متقدمة ولم يدفعوه للجناية لان حق الشريك باق بيده انما أدخل عليه فيه ضرر والله أعلم و روى أشهب عن مالك فى العتبية والموازية من أعتق شقصا له فى عبد فى صحته فلم يقوم عليه حتى مات بحدثان ذلك فانه يقوم عليه قال فى العتبية يعتق عليه جميعه من رأس ماله قال سحنون فى كتاب ابنه لا يقوم عليه قال أشهب فى الموازية لأن هذا حق قد ثبت لشريكه ولم يفرط ولو طال ذلك لم يقوم فى رأس مال الميت ولا ثلثه و روى ابن حبيب عن مطرف مثل رواية أشهب وقال هو كالمتمنع يموت ولم يهد فان لم يفرط أهدى عنه من رأس ماله و به قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وهو بخلاف معتق بعض عبده فانه لا يتمم عليه باقيه وان مات بحدثانه وجه تسوية ابن القاسم بين من أعتق حصة من عبده و بين من أعتق حصة من عبد لغيره باقيه ان العتق عمل يد فاذا جاز أن يتمم عليه لغيره فبأن لا يتمم عليه من ماله أولى ألا ترى أن المعسر يتمم عليه عتق عبده ولا يقوم عليه حصة غيره ووجه قول الجماعة ان حق الغير متعلق بماله بجنايته عليه فيلزم أداؤه من رأس ماله فى مرضه و بعد موته الا أن يوجد من صاحب الحق من التفريط ما يقتضى التسليم والترك فلا يبقى الا حق البارى تعالى فى تتميم العتق فيكون حينئذ بمنزلة من أعتق حصة من عبده والله أعلم قال سحنون وقد أجمعوا على أنه من مات قبل أن يتمم عليه عتق عبده انه لا يتمم عليه بعد موته وان عثر على ذلك فى مرضه فقد قال مالك من رواية عيسى عن ابن القاسم عنه فيمن أعتق بعض عبده أو نصيبا من عبد لغيره باقيه أعتقه فى صحته فعلم بذلك فى مرضه فانه يقوم عليه باقيه فى ثلثه و روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فيمن أعتق بعض عبده فى صحته وقيم عليه وهو مريض فانه ان صح عتق عليه كله وان مات فالباقى فى ثلثه وخالفه ابن الماجشون فقال ان قيم عليه فى مرضه فلا يقوم عليه ان مات وجه القول الاول انه وجد منه فى حال صحته ما يلزمه العتق فى المستقبل فكان ذلك فى حياته من رأس ماله و بعد موته من ثلثه و وجه القول الثانى وهو المشهور ما تقدم (فرع) فاذا قلنا انه يتمم على المريض العتق فقد روى ابن المواز عن أصبغ اذا أعتق شقصا من عبد لغيره باقيه فلم يقوم عليه حتى مرض يحكم بالتقويم الان يوقف المال حتى يعتق ما حمل الثلث من تلك القيمة التى كانت فى المرض ان مات مبدأ على جميع الوصايا وما أعتق أولا فمن رأس ماله وان صح لزمته القيمة

وروراه ابن حبيب عن مطرف عن مالك وقال ابن عبد الحكم لا يقوم في مرضه وليوقف أبدا حتى يموت فيعتق مابقي في ثلثه أو يصح فيكون من رأس ماله الا أن يعتق الشريك وجه القول الاول ان القيمة انما تلزمه يوم الحكم فيه لكنه حكم متوقف لتجويز الصحة والموت فان صح لزمته تلك القيمة من جميع ماله وان مات لزمت في ثلث ماله ووجه القول الثاني انه اذا لم ينفذ العتق الآن فلا معنى لتعجيل التقويم والله أعلم وأحكم

﴿ الشرط في العتق ﴾

ص ﴿ قال مالك من أعتق عبداله فبت عتقه حتى تجوز شهادته وتتم حريته ويثبت ميراثه فليس لسيده أن يشترط عليه مثل مايشترط على عبده ولا يحمل عليه شيأ من الرق لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاله في عبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد * قال مالك فهو اذا كان له العبد خالصا أحق باستكمال عتاقته ولا يخلطها بشئ من الرق ﴾ ش معنى ذلك ان من بتل عتق عبده معجلا ولم يعلق ذلك بأجل ولا عمل يقع العتق بعده فلا يجوز له في هذا العتق ان يشترط عليه عملا لان ذلك بمنزلة ان يبقى عليه شيأ من الرق وذلك مخالف للمال المشترط عليه وقد قال ابن المواز عن مالك فيمن قال لعبده أنت حر وعليك ألف دينار فلم يرض العبد فذلك عليه وان كره وبه قال ابن وهب وعبد الملك وابن القاسم وهو قول أشهب وقال ابن المسيب هو حر ولا شئ عليه وروى عن ابن القاسم أنه قال وذلك أحب الى وروى في العتبية يحيى عن ابن القاسم فيمن قال لعبده أنت حر على ان عليك خمسين دينارا ان العبد مخير ان شاء أن يتبع بها ويعجل عتقه وان كره أن يكون غريما فلا عتاقة له وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون نحوه وجه القول الاول ما احتج به ابن المواز انه ألزمه ذلك قبل العتق وذلك جائز له كما له أن يلزمه ذلك لغير حرية فلم يزد ذلك الحرية الا صحة واحتج لذلك أصبغ بان له أن يكرهه على النكاح والبيع وانتزاع المال فكأنه باعه من نفسه ووجه قول ابن القاسم في متابعة سعيد ان العتق قد أوقعه فيلزمه لانه لم يستثن فيه خيارا ولا يلزم العبد ما ألزمه بعد العتق من المال كما لا يلزمه ما ألزمه بعد العتق من العمل ووجه القول الثالث ما احتج به ابن الماجشون من انه ليس للسيد أن يشغل ذمته الا برضاه ألا ترى انه لو كاتبه على ماليس عنده لم يلزمه الا برضاه (مسئلة) وأما ان شرط عليه عملا فان كان قبل العتق مثل ان يقول أنت حر على أن تخدمني سنة فذلك عليه قاله ابن القاسم وأما ان كان العمل بعد العتق فقد قال ابن القاسم ان قال لعبده أنت حر واخدمني سنة فهو حر ولا شئ عليه وكذلك لو قال له أنت حر على أن لا تفارقني قال محمد هو حر وشرطه باطل ووجه ذلك على ما قال مالك من تعجيل العتق مع ابقاء شئ من الرق وذلك متناف ينفذ العتق ويبطل ما أبقى من الاسترقاق لأن العتق مبني على التغليب والسراية وليس كذلك الدين في ذمته لأنه ليس من أحكام الرق لأن الدين يثبت على الاحرار ويتعلق بذمتهم أكثر من تعلقه بذمم العبد فلا ينافي الحرية بل اذا تعلق بذمة العبد على وجه ما يتعلق بذمة الحر أكد الحرية والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فان لفظ أنت حر وعليك كذا هو المتفق عليه من قول من يرى لزوم ذلك العبد وأما قوله أنت حر على ان عليك كذا فقد قال ابن الماجشون اللفظان سواء ويثبت فيهما الخيار وروى ابن القاسم عن مالك التسوية بينهما ولا خيار للعبد وفرق بين هذين اللفظين وبين قوله أنت حر على أن تؤدى الى كذا فقال هذا

﴿ الشرط في العتق ﴾ * قال مالك من أعتق عبداله فبت عتقه حتى تجوز شهادته وتتم حريته ويثبت ميراثه فليس لسيده أن يشترط عليه مثل مايشترط على عبده ولا يحمل عليه شيأ من الرق لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاله في عبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد * قال مالك فهو اذا كان له العبد خالصا أحق باستكمال عتاقته ولا يخلطها بشئ من الرق

لايعتق حتى يؤدى ويقبل ذلك العبد ووجه ذلك ان الذى قال له على أن عليك علق العتق بشئ يتعجل وهو ثبوت الدين فى ذمة العبد والذى قال على ان تؤدى الى أو على ان تعطينى علق العتق بشئ لا يوجد بنفس العتق ولا يوجد الا بمعنى مستأنف وربما تعجل الأمد البعيد وربما تعذر فكان العتق يتأجل بتأجله (مسئلة) ومن قال لأمته أنت حرة على أن تسلمى فقد قال ابن حبيب عن أصبغ ان أبت لا حرية لها كقوله ان شئت وليس كقوله أنت حرة على ان تنكحى فلانا ثم تأبى ان العتق ماض فى هذه والفرق بينهما أنها ان رضيت بذلك فبنفس العتق تكون مسلمة كقوله على أن عليك عشرة دنانير وقوله على أن تنكحى فلانا فانما شرط عليها عملا تعمله بعد تمام العقد يصح ان يتأخر الزمن الطويل وهو اباحة بعضها وقبول الزوج فكان بمنزلة ان يشترط عليها عملا أو خدمة أو بمنزلة قوله أنت حرة على أن لا تفارقينى فانها تكون حرة ولا يلزمها الشرط

﴿ من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد وعن غير واحد عن الحسن بن أبى الحسن البصرى وعن محمد بن سيرين أن رجلا فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق عبيدا له ستة عند موته فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق ثلث تلك العبيد * قال مالك وبلغنى أنه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم * مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن رجلا فى إمارة أبان بن عثمان أعتق رقيقا له كلهم جميعا ولم يكن له مال غيرهم فأمر أبان بن عثمان بتلك الرقيق فقسمت أثلاثا ثم أسهم على أيهم يخرج سهم الميت فيعتقون فوقع السهم على أحد الأثلاث فعتق الثلث الذى وقع عليه السهم ﴾ ش هذا الحديث مرسل وقد أسند من حديث عمران بن حصين أخرجه مسلم من رواية اسماعيل بن علية عن أيوب عن أبى قلابة عن أبى المهلب عن عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة عبيد له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديدا وأخرجه من حديث الثقفى عن أيوب أن رجلا من الأنصار أوصى عند موته فأعتق ستة مملوكين والأول أكثر رواه ابن علية وحماد عن أيوب ورواه هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن عمران بن حصين قال ابن سحنون عن أبيه وروى عمران بن حصين أن النبى صلى الله عليه وسلم أسهم بين الستة الاعبد الذين أعتقهم رجل عند موته لا يملك غيرهم وحكم بذلك عندهم بالمدينة مالك وذلك أحسن ما سمعت هذا مذهب مالك رحمه الله وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تدخل القرعة فى العتق ويعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى فى بقية قيمته فاذا أداها الى الورثة عتق والدليل عليه الحديث المتقدم ويقتضى العتق بالقرعة وفى ذلك أدلة أحدها حكم بالقرعة وأبو حنيفة ينفيها والثانى انه قال فأعتق اثنين وأرق أربعة وعند أبى حنيفة لا يكمل عتق أحدهم ولا يرق جميع أحدهم وانما يعتق ثلث كل واحد منهم ثم يستسعى ومن جهة المعنى أن المريض ليس له أن يعتق جميع عبيده اذا كانوا جميع ماله فاذا فعل ذلك لم يعتق الا ثلثهم واحتيج الى القرعة لتميز الثلث والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله أعتق ستة أعبد له عند موته قال سحنون قيل بتلهم وقيل أوصى بهم فنحن نستعمل القرعة فيما جاء فيه الخبر من العتق فى المرض أو الوصية فى جملة بعتقهم يضيق ثلثه عنهم وكذلك فى المجهولين من جملة رقيق اذا كان فى مرضه أو وصيته ولا يسهم بين المدبرين فى الصحة لاننا لا نعدوا

﴿ من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم ﴾

* حدثنى مالك عن يحيى ابن سعيد وعن غير واحد عن الحسن بن أبى الحسن البصرى وعن محمد بن سيرين أن رجلا فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق عبيدا له ستة عند موته فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق ثلث تلك العبيد * قال مالك وبلغنى أنه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم * وحدثنى مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن رجلا فى امارة أبان ابن عثمان أعتق رقيقا له كلهم جميعا ولم يكن له مال غيرهم فأمر أبان بن عثمان بتلك الرقيق فقسمت أثلاثا ثم أسهم على أيهم يخرج سهم الميت فيعتقون فوقع السهم على أحد الاثلاث فعتق الثلث الذى وقع عليه السهم

ماجاء فيه الخبر ويحتمل أن يريد بقوله أعتق عبيدا له عند موته أن يعتقهم لتقع حريتهم بموته فيحتمل
قول سحنون فقيل بتلهم وقيل أوصى بعتقهم بينهم يريد بذلك انه قد بلغته الروايتان من وجه يجوز له
التعلق بهما فحملهما على قصتين أو على قصة ثبت فيها حكمان لا يتنافيان فيحمل عليهما (مسئلة) فأما
الوصية بعتقهم فلا خلاف يعلم في المذهب في انه يقرع بينهم بالسهم وأما ان بتلهم في المرض فقد روى
ابن المواز عن ابن القاسم انه يقرع بينهم ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وقال أبو
زيد وأصبغ والحارث يعتق من كل واحد منهم بغير سهم وانما السهم في الوصية وانما وجب الاختلاف
في هذا لاختلاف لفظ الحديث ففي حديث عبد الوهاب ان ما حكم فيه النبي صلى الله عليه وسلم
بالقرعة انما كان في وصية الانصاري بعتق ستة أعبد له وروى اسماعيل بن علية وحماد بن زيد
انه أعتقهم عند موته وذلك يحتمل ايقاع العتق بالقرب من وقت موته وظاهره حال المرض ويحتمل
أن يريد به بعد موته والله أعلم وجه القول الأول أن العتق في المرض خارج من الثلث فأشبه الوصية
ووجه القول الثاني انه عتق لا رجوع له فيه كالعتق في الصحة (فرع) فاذا قلنا ان القرعة
تستعمل في العتق فقد روى عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعشى عن ابن نافع انه لا يسهم في
الرقيق في العتق اذا كان للمالك شيء من مال وأما السهمان اذا لم يكن للمالك الا ذلك الرقيق فقط وقال
ابن نافع وانما أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقيق الستة الذين أعتقهم ربهم عند موته لانه لم
يترك مالا غيرهم قال ابن مزين وسمعت مطرفا يقول مثل ذلك فقلت له هو قول مالك فقال هو الذي
لا يعرف غيره وهو الذي روى ابن المواز عن ابن القاسم ان القرعة لا تكون الا لمن قال في وصيته
رقيقي أحرار ولم يدع مالا غيرهم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان بتلهم في مرضه
أو بتل بعضهم أو أوصى بعتق بعضهم فلم يحملهم الثلث فليقرع بينهم كان له مال سواهم أو لم يكن وقد
تقدم من قول سحنون ورواية غيره عن مالك انه يسهم بينهم اذا ضاق الثلث عنهم وذلك يقتضي ان له
مالا غيرهم وجه قول ابن نافع تعلقه بلفظ حديث اسماعيل بن علية وحماد بن زيد أن رجلا أعتق ستة
مملوكين له عند موته ولا مال له غيرهم ومن جهة المعنى انه اذا لم يكن له مال غيرهم وأعتق جميعهم لم
يدخل التبعيض في عتقه لانه قصد الاجمال فانما يحتاج الى القرعة ليتميز من يجوز عتقه ممن لا يجوز
عتقه لحق الورثة وان كان له مال فقد قصد التبعيض لانه لم يخرج بالعتق من جميع ماله فاذا أعتق
ثلث كل واحد منهم لم يخالف صورة ما فعله بعتقه من التبعيض ووجه القول الثاني التعلق بلفظ
حديث مالك وليس فيه انه لا مال له غيرهم فجعل علة القرعة انه أعتقهم عند موته وظاهره حال
المرض أو الوصية فانما يعتبر في ذلك الثلث والله أعلم وأحكم (فرع) ولو قال ثلث رقيقي أحرار
ثبت في ذلك حكم القرعة ولو قال ثلث كل واحد من رقيقي حر لم يقرع بينهم لانه قد ميز نصيب العتق
من نصيب الرق وبين انه قصد التبعيض قاله القاضي أبو محمد ولو قال في وصيته أعتقوا عبدي في ثلثي
أو ما حمل ثلثي منهما فقد قال ابن كنانة لا قرعة فيهما ويعتق منهما بالحصص محمل الثلث وقال عيسى
عن ابن القاسم ذلك سواء وفيه القرعة ووجه قول ابن كنانة ان اضافة ذلك الى الثلث مخالف لاطلاق
اللفظ لانه اذا أطلق اللفظ لم يقصد التبعيض واذا أضاف ذلك الى الثلث قصد التبعيض فلم يحتج الى
القرعة ووجه قول ابن القاسم ان العتق تناول جملتهم دون تبعيض العتق فيهم ولا يتميز ما يعتق من
كل واحد فلزمت القرعة لتمييز ذلك (فرع) وقال سحنون يفترق عندنا على حكم التسمية من غيرها
فاذا قال ميمون ومرزوق حران تحاصا في ضيق الثلث وان قال عبداي حران أو غلاماي أحرار أقرع

﴿ القضاء في مال العبد اذا عتق ﴾

* حدثني مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول مضت السنة أن العبد اذا أعتق تبعه ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أن العبد اذا أعتق تبعه ماله أن المكاتب اذا كوتب تبعه ماله وان لم يشترطه المكاتب وذلك أن عقد الكتابة هو عقد الولاء اذا تم ذلك وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لهما من ولد انما أولادهما بمنزلة رقابهما ليسوا بمنزلة أولادهما لأن السنة التي لا اختلاف فيها ان العبد اذا اعتق تبعه ماله ولم يتبعه ولده وان المكاتب اذا كوتب تبعه ماله ولم يتبعه ولده قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد والمكاتب اذا أفلسا اخذت أموالهما وأمهات أولادهما ولم تؤخذ أولادهما لأنهم ليسوا

بينهم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون سواء سماهم بأسمائهم أو قال رقيقي كلهم أحرار أو ثلثهم فانه يسهم بينهم كما جاء الخبر قال وكذلك قال لي أصبغ عن ابن القاسم وجه قول سحنون أن التسمية تقتضي أن لا يتعدى أحد ممن سمي من العتق لاختلاف أسمائهم التي نص عليها فلا يتعداه اسم من تلك الأسماء من تناول العتق لاختلاف أسمائهم التي نص عليها واذا لم يسمهم وعلق العتق على العبيد فان عتق بعضهم لا يحل بعتق من علقه عليه لانه أوصى بعتق عبيده واذا أعتق بعضهم بالسهم فقد تناول العتق من يقع عليه هذا الاسم ووجه القول الثاني ان لفظ العبيد اذا أضيف اليه تناول كل عبد له فكان ذلك بمنزلة أن يسمهم فاذا كان السهم يجري في عتقه عبيده فكذلك اذا سماهم والله أعلم وأحكم (فرع) ولو قال أعتقوا ثلاثة من رقيقي أو عشرة وهم خمسون أو عشرون فقد قال ابن المواز يجعل ذلك العدد جزأ من الجملة ووجه ذلك أن العدد من الجملة اذا لم يتعين فهو كالجزء منها فوجب أن يكون حكمه حكمها (فرع) واذا سمى عددا فهلك بعضهم فقد قال ابن المواز يكون ذلك العدد جزأ من الباقي وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه سواء سمى جزأ أو عددا فانه يعتق ممن بقي مثل ما كان يعتق من الجميع لو بقوا مثل أن يوصي بخمسة وجميعهم ثلاثون فيموتون الا خمسة فانه يعتق سدسهم ووجه قول ابن المواز أنه ان أمر أن يعتق خمسة من رقيقه وهم ثلاثون فاتوا الا عشرة أعتق نصفهم ان الخمسة نصف ما بقي وكذلك حتى لا يبقى الا خمسة أو أقل فيعتق جميعهم وأما الاعتبار على هذا القول فبقدر التسمية من الجملة حين الحكم وعلى قول ابن الماجشون الاعتبار بالتسمية وقدرها من العدد يوم الوصية (مسئلة) ومن أعتق في صحته فقد قال مالك وابن القاسم وغيره لا يسهم في عتق الصحة ومعنى ذلك أن يعتق جميع رقيقه في صحته لان ذلك ينفذ ولا يرد عتق أحد منهم وقال سحنون وقد قال بعض أصحابنا عن مالك فيمن أعتق في صحته رأسا من رقيقه فلم يعينه حتى مات وهم أربعة انه يعتق ربعهم بالسهم وقيل يكون الخيار لورثته في عتق أحدهم (مسئلة) واذا أردت القرعة بين الرقيق فان انقسموا على ثلاثة أقسام معتدلة قسمتهم على ذلك وتأخذ ثلاث بطائق فيكتب في كل بطاقة أسماء من في الجزء من العبيد وتلف كل بطاقة في طين بحضرة العدول وتعطى لمن يدخلها في كمه من صغير أو كبير ثم يخرج واحدة فتفض فيعتق من فيها رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وان لم يعتدل الرقيق في القسمة على أجزاء الثلث فانه يكتب اسم كل عبد في بطاقة قال ابن المواز بعد أن تعرف قيمة كل واحد منهم وتكتب قيمته مع اسمه فمن خرج سهمه عتق ان حمله الثلث والا فما حمل منه ورق باقيه وان كان أقل من الثلث أعيد السهم حتى يستوفي الثلث وروى مثل ذلك كله في المدنية عيسى عن ابن القاسم

﴿ القضاء في مال العبد اذا عتق ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول مضت السنة أن العبد اذا أعتق تبعه ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أن العبد اذا أعتق تبعه ماله أن المكاتب اذا كوتب تبعه ماله وان لم يشترطه المكاتب وذلك أن عقد الكتابة هو عقد الولاء اذا تم ذلك وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لهما من ولد انما أولادهما بمنزلة رقابهما ليسوا بمنزلة أولادهما الان السنة التي لا اختلاف فيها أن العبد اذا اعتق تبعه ماله ولم يتبعه ولده وأن المكاتب اذا كوتب تبعه ماله ولم يتبعه ولده * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد والمكاتب اذا أفلسا أخذت أموالهما وأمهات أولادهما ولم تؤخذ أولادهما لانهم ليسوا

بأموال لهما * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد اذا بيع واشترط الذى ابتاعه ماله لم يدخل ولده في ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد اذا جرح أخذ هو وماله ولم يؤخذ ولده ﴾ ش قوله مضت السنة أن العبد اذا أعتق تبعه ماله يريد أن ماله يبقى على ملكه ولا يكون لسيده انتزاعه منه اذا أعتقه ولم يستثن ماله ولا شيأ منه لان لفظ العتق لم يتناول ماله وانما قوى ملكه له بخلاف البيع فانه وان كان لا يتناول أيضا الا العبد دون ماله فانه يخرج الى مالك له من انتزاع ماله ما للاول فكان الأول أحق به لان بيعه دون ماله بمنزلة انتزاعه وذلك جائز له (مسئلة) وهذا حكم عتقه المباشر البتل والوصية لان الوصية بالعتق عتق فيلزم أن يتبع المال المعتق وقال أشهب ليس للورثة انتزاع مال الموصى بعتقه قبل انفاذ عتقه ان كان العتق معجلا وان كان مؤجلا بعد الموت فقد قال أشهب للورثة انتزاعه ما لم يقرب الأجل وبه قال ابن المواز وقال ابن عبد الحكم ليس للورثة ذلك وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن حكم الورثة حكم الموروث فمن أعتق عبده الى أجل كان له انتزاع ماله ما لم يقرب الأجل فكذلك ورثة المعتق الى أجل (مسئلة) وأما الموصى به الى أجل لرجل ففي العتبية من سماع ابن القاسم ان مال العبد للموصى له برقبة العبد بخلاف الهبة والصدقة وفي الموازية من رواية ابن وهب عن مالك لا يتبعه ماله في وصية ولا هبة ولا صدقة ولا بيع ولا رهن الا في عتق جميعه أو بعضه أو الكتابة أو الجناية قاله ابن القاسم ورجع ابن القاسم في الوصية وجه رواية ابن القاسم في الوصية انها وصية بالعبد كالوصية بعتقه ووجه رواية ابن وهب وهي رواية أشهب عن مالك في العتبية انه أخرج العبد الى مالك فلم يتبعه ماله كما لو وهبه (فرق) والفرق بين الهبة والوصية على مذهب ابن القاسم ان الهبة انما ينتزع المال الواهب ويقول لم أرد اتباع العبد ماله وأما في الوصية فانما يريد انتزاع مال العبد الورثة لا الموصى (مسئلة) وأما الهبة ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك فيمن وهب عبدا للثواب أو لغير الثواب أو تصدق به فان ماله لا يتبعه وقال القاضي أبو محمد لم يختلف قول مالك في العتق انه يتبع العبد ماله وفي البيع انه لا يتبعه واختلف عنه في الوصية به وهبته لغير عوض والتصدق به واسلامه في الجناية فعنه فيه روايتان احداهما أن ماله يتبعه والثانية لا يتبعه وانما اختلف قوله في ذلك لاختلاف تعليل الأصلين البيع والعتق فمن قال ان في البيع اخراجا عن مالك بعوض فلذلك لم يتبعه ماله وفي العتق أخرجه الى غير مالك فلذلك يتبعه ماله ومن قال انه يتبعه ماله في الوصية والهبة والصدقة لانه أخرجه عن ملكه بغير عوض كالعتق وقال في الجناية لا يتبعه ماله لأنه أخرجه عن ملكه بعوض ومن علل في البيع انه أخرجه عن ملكه الى مالك فلذلك يتبعه ماله وفي العتق أخرجه الى غير مالك فلذلك يتبعه ماله وفي الصدقة والهبة والجناية والوصية لانه أخرجه من ملكه الى مالك كالبيع

(فصل) وقوله ومما يبين ان العبد اذا أعتق تبعه ماله ان المكاتب يتبعه ماله لان عقد الكتابة هو عقد الولاء يريد انه عقد يقتضي ثبوت الولاء كالعتق وهو بمعنى قولنا انه خرج العبد عن ملكه الى غير مالك فهذا حكم العتق والكتابة وان افترقا في أن الكتابة عتق بعوض وكذلك القطاعة والعتق المطلق عتق بغير عوض وهذا يدل على أن التعليل الصحيح من ذلك انه خارج الى غير مالك ولو علل بأنه خارج بغير عوض لبطل بالكتابة والله أعلم وأحكم وأما الكتابة فحق تعلق بعين العبد بنقله الى مالك من غير عقد فتبعه ماله كالوراثة والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لهما من ولد لان الولد بمنزلة الرقبة لا بمنزلة

بأموال لهما * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا ان العبد اذا بيع واشترط الذى ابتاعه ماله لم يدخل ولده في ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا ان العبد اذا جرح أخذ هو وماله ولم يؤخذ ولده

المال يريد أن رقبته ملك لغيره وكذلك رقبة ولده وماله ملك له ولذلك اذا أعتق بقي ماله على ملكه وبقي ماله على ملك سيده على حسب ما كان عليه قبل العتق والكتابة وهذا في العتق البتل وكذلك المعتقة الى أجل فيما ولدته قبل العتق فأما ما ولدته بعد العتق فحكمه حكمها لانه حكم ثبت في الأم فوجب أن يثبت في كل من تلده في المستقبل كالرق والحرية (مسئلة) وأما ولد المدبرة فبمنزلة ما ولدته قبل موت السيد أو بعده وكذلك المدبرة من أمته ووجه ذلك انه ولدته بعد عقد لازم بحريتها فكان حكم الولد حكمها كالمعتق الى أجل وأم الولد (مسئلة) وأما الموصى بعتقها أو لفلان فاولدته قبل موت الموصى فرقيق لورثته لاتتعلق به الوصية وما تلده بعد موته فحكمه حكم أمه رواه ابن عبدوس عن مالك ووجه ذلك ما أشار اليه من أن عقد عتقها قبل موت السيد غير لازم وهو بعد الموت لازم (مسئلة) ومن حلف بحرية أمته ليفعلن كذا فولدت بعد اليمين وقبل الحنث فهو بمنزلتها قاله مالك وأما ما ولدته قبل اليمين فلا تتعلق به اليمين ومعنى ذلك أن العتق قد تعلق بها تعلقا لازما لايخرج عنه الا بعمل وتكلف فكان ولدها بمنزلتها والله أعلم وأحكم

(فصل) قال مالك ومما يبين أن الولد يخالف المال العبدان العبد والمكاتب اذا أفلسا أخذت أموالهما وأمهات أولادهما ولم يؤخذ أولادهما يريد انه لاتعلق لذمته بولده وذلك يدل على أنه ليس بماله ولو كان من ماله لقضى منه دينه قال وكذلك لو شرط المبتاع ماله لم يكن له ولده يريد ان الولد لايتناوله اسم المال ولا حكمه

(فصل) وقوله وكذلك العبد اذا جرح أخذ هو وماله ولم يؤخذ ولده على ما قدمناه من أن المال يتبع العبد في الجناية وقد تقدم من قول القاضي أبي محمد أنه لايتبعه على احدى الروايتين وقد تقدم بيانه والله أعلم وأحكم

﴿ عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة ﴾

﴿ عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة ﴾
* حدثني يحيي عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لايبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع بها فاذا مات فهي حرة

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لايبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع بها فاذا مات فهي حرة ﴾ ش قوله أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لايبيعها ولا يهبها ولا يورثها وكذلك لايجوز له أن يسلمها في جناية ولا سبيل لغرمائه عليها في فلس يريد أنه لايصح اخراجها عن ملكه لان ماذكر من ذلك هو معظم الوجوه التي يخرج بها الرقيق عن ملك السيد فاذا لم يصح اخراجها عن ملكه ببيع ولا غيره لم يكن له الا ابقاؤها على ملكه أو تعجيل عتقها وعلى هذا فقهاء الأمصار وقد تقدم الكلام في ذلك في النكاح بما يغني عن اعادته (مسئلة) واذا أسلمت أم ولد الذمي عرض عليه أن يسلم فان أسلم فهي أم ولد على ما كانت وان لم يسلم ففي الموازية تعتق عليه بالحكم وهو قول مالك وأصحابه ابن القاسم وغيره وفي كتاب ابن سحنون عن مالك في ذلك روايتان قال تعتق ثم قال توقف الآن يموت أو يسلم ثم رجع الى العتق وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان أنفق عليها وقفت حتى يموت أو يسلم فتكون أم ولد وقال ابن عبد الحكم توقف حتى تحيض حيضة فان أسلم فيها والا اعتقت وجه القول الأول بتعجيل عتقها انه انما له فيها الاستمتاع فاذا حرم عجل عتقها الى أن يرى ان المعتق الى أجل اذا وهبه سيده خدمته عجل عتقه لما لم يبق له فيه تصرف ووجه القول الثاني انه لم يحرم عليه الاستمتاع بها على التأبيد وانما حرم لسبب يمكن زواله كالوزوجها والله أعلم (مسئلة) وأما المرتد فقد قال أشهب قد عتقت أم ولده

بالردة فلا ترجع اليه كفراقه زوجته وقال ابن القاسم تحرم عليه بالردة فان تاب رجعت أم ولده وان قتل عتقت رواه ابن المواز عنه ووجه قول أشهب ما احتج به من قياسه الطلاق ووجه قول ابن القاسم انها ملك له فلا يزول ملكه عنها بردته وانما يبقى مراعاة لسائر رقيقه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ويستمتع بها يريد أن له جماعها وما يتبعه من أنواع الاستمتاع بها لان اسم الاستمتاع يشتمل على ذلك كله وجعل له الاستمتاع منها مدة حياته ولم يذكر أن له استخدامها وقال القاضي أبو محمد في معونته له استخدامها فيما يقرب ولا يشق وقال في الاشراف ليس له اجارتها خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله انه نوع من العوض كان يملكه عليها قبل الاستيلاد فلم يملكه بعده كبيع رقبتها

(فصل) وقوله فاذا مات فهي حرة يريد انها تعتق بموته من رأس ماله لا يردها دين ولا غيره لانه لم يكن بقي له فيها الا معنى يختص به وهو الاستمتاع وذلك محرم فيها على غيره بملك اليمين فاذا مات لم يبق لغيره فيها تصرف فوجب أن تعتق والله أعلم (مسئلة) واذا اشترى السفيه المحجور عليه أمة فأولدها رد عليه ما أعطى من ثمنها وهل تكون له بذلك أم ولد أم لا ص ﴿ مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتته وليدة قد ضربها سيدها بنار أو أصابها بها فأعتقها ﴾ ش الاصابة بالنار على ضربين أحدهما العمد والثاني الخطأ فأما العمد فيؤثر في انجاز العتق وأما الخطأ فليس بمؤثر فيه وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فيمن ضرب عبده بسوط في أمر عتب عليه فيه ففقأ عينه قال لا يعتق عليه قال ابن القاسم وانما كان يعتق ما كان على وجه العمد لا على وجه الخطأ يريد أن يقصد فقء عينه وأما ان قصد ضربه فأخطأ فأصاب عينه ففقأها فلا يعتق عليه قال سحنون ومن ضرب رأس عبده فنزل الماء في عينيه فليس بمثلة يعتق بها ووجه ذلك ما قدمناه من انه لم يقصد الى ذلك وانما قصد الضرب والله أعلم

(فصل) وقوله وأما العمد وهو القصد الى اتلاف عضو أو احداث ما يتولد عنه الشين فهو على ضربين ضرب يبلغ بالعمد شينا فاحشا فهذا يعتق به العبد على فاعله المالك له وان لم يبلغ ذلك لم يعتق به فانما يعتق عليه باجتماع أمرين العمد وبلوغ الشين الفاحش قال عيسى بن دينار ورواه ابن المواز عن أشهب وقال أبو حنيفة والشافعي لا يعتق عليه عبده في شئ من ذلك وتعلق أصحابنا في ذلك بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من مثل بعبده عتق عليه ولم أره من وجه صحيح والله أعلم وروى سلامة بن روح بن زنباع عن أبيه عن جده انه قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد خصى غلاما له فأعتقه النبي صلى الله عليه وسلم بالمثلة ومن جهة المعنى قال القاضي أبو محمد يعتق عليه زجرا عن معاودة مثله كالقاتل عمدا يمنع الميراث (فرع) ومن أبق عبده فوسم في وجهه أو جبهته كتب فيه أبق يريد بنار فقد قال أشهب وابن وهب وأصبغ يعتق عليه قال أصبغ فأما لو فعل ذلك في ذراعيه أو باطن جسده فانه لا يعتق عليه ومعنى ذلك لما في الوجه من التشويه البين وأما في الذراع أو باطن الجسد فهو حرق قليل وليس فيه شين فاحش فافترقا لذلك وأما لو وسمه في وجهه بمداد أو ابرة على ما يفعله الناس فقد قال عبد الملك بن الحسن في العتبية عن ابن وهب يعتق عليه قال أشهب لا يعتق عليه ووجه قول ابن وهب ما فيه من المثلة والتشويه وتغيير الخلقة الظاهرة ووجه قول أشهب انه انما يفعله الناس على وجه الجمال مع ما فيه من قلة الألم وقلة الشين وروى ابن حبيب عن ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأصبغ من وسم وجه عبده عمدا أعتق عليه ولم يفرق بين نار وغيرها (مسئلة) ومن قطع

* وحدثني مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب أتته وليدة قد ضربها سيدها بنار أو أصابها بها فاعتقها

من عبده عضوا اليد أو الرجل فقد روى أشهب عن مالك من عمد لقطع أنملة أو طرف أذن
أو أرنبة أو قطع بعض الجسد فانه يعتق عليه ويعاقب قال أشهب ويسجن وروى ابن حبيب عن
مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ من قطع طرف أنملة عبده أو قطع ظفره أو شرف أذنه
أعتق عليه ووجه هذا كله انه أتى على وجه العمد ما فيه نقص من الخلقة وشين فيعتق عليه (فرع)
وهذا فيما يبين من الأعضاء كاليد والرجل والأصبع قال ابن اسحنون عن أبيه وأما ما يعود من الجراح
فليس بمثلة وهذا القول والله أعلم فيما عاد على غير شين وأما ما عاد على شين فاحش فقد تقدم فيه القول
فى حرق النار وأما قطع العضو فهو شين فى نفسه فلا يحتاج من الشين الى أكثر من ذلك والله أعلم
(مسئلة) وأما قلع الأسنان فقد روى ابن المواز عن أشهب عن مالك انه مثلة توجب العتق وكذلك
قال ابن القاسم فى جل الأسنان وأما الضرس الواحدة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن
الماجشون ان قلع ضرسه أو سنه عتق عليه وقال أصبغ لا أرى ذلك الا فى جل الأسنان أو الاضراس
وأما السن الواحدة أو الضرس الواحدة فلا وجه قول ابن الماجشون ان السن الواحدة بعض عضو
كالأنملة ووجه قول أصبغ ان السن الواحدة ليس فيها شين ظاهر ولا نقص عضو وانما هو عظم عار
(فرع) ومن سحل أسنان عبده فقد روى عن مالك انه يعتق عليه لما فى ذلك من نقص الأعضاء
لأن سحل الأسنان هو أن يبردها حتى يذهبها وأما ان سحل له سنا واحدة ففى الموازية عن عيسى بن
دينار انه يعتق عليه وقال أصبغ لا يعتق عليه فى السن الواحدة وشأنها خفيف وعلى قول عيسى هذا
من قلع له سنا واحدة يعتق عليه (مسئلة) وأما حلق الرأس واللحية فقد روى ابن حبيب عن
ابن الماجشون عن مالك فى حلق الرأس واللحية ليس ذلك بمثلة فى عبد ولا أمة قال ابن المواز عن
ابن وهب يؤدب من فعل ذلك بعبده أو حلق رأس جاريته على وجه الغضب * قال مالك من رواية
ابن الماجشون الا ان يكون العبد التاجر النبيل الوجيه اللاحق بالاحرار فى هيئته يحلق سيده لحيته
والأمة الفارهة الرفيعة يحلق سيدها رأسها فانها مثلة ووجه ذلك ان هذا شعر وليس فى ازالته ألم
وانما هو جمال فاذا كان العبد الوغد والأمة التى لا خطر لها فليس ذلك بمثلة فى حقها لضعتها وأما العبد
النبيل الذى قد عظم قدره أو الجارية التى لها قدر رفيع لا تصلح للامتهان فان ذلك مثلة فى حقها فمن
بلغه منهما عتقا عليه (مسئلة) ومن عض جسد جاريته فقد قال مالك فى امرأة عضت لحم جاريتها
وأثرت بذلك أثرا شديدا اتباع عليها قال أشهب ولو عضها لم تعتق ما لم يقطع بذلك شيأ من جسدها أو
يبين منه ووجه ذلك ان هذا ليس فيه شين ولا قطع عضو فلا تعتق بذلك ولما كان فيه من الألم
الشديد والتعذيب بيعت عليه لازالة الضرر عنها قال أشهب وذلك لمن تتابع منه فان من كانت
هذه منه فلتة فانها لا تباع عليه (مسئلة) وأما الجلد السرف فقد قال أصبغ ليس فيه مثلة وفى
العتبية من سماع أبى زيد عن ابن القاسم فيمن ضرب عبده فأنهكه فانه لا يعتق عليه الا أن يبلغ منه
ما يكون مثلة شديدة مثل ذهاب لحمه وربما أكل لحمه لذلك وبقى جلده على عظم فيعتق عليه وروى
ابن المواز عن أصبغ ومثل ان يحدو يؤدب من ضربه وتبلغ الزمانة الظاهرة والباطنة قال ابن
القاسم ويعاقب عتق عليه أو لم يعتق (مسئلة) ومن حلف ليضربن عبده مائة سوط فقد روى
ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قد أساء ويترك واياه فان ضربه بر ولو كانت أمة حاملا
فقد قال ابن الماجشون يمنعه السلطان من ضربها وهى حامل فان ضربها بر فى يمينه وأثم عند ربه
وان حلف على أكثر من مائة مما فيه عطب عجل عتقه وقال أصبغ أرى المائة مما فيه العطب فليعجل

عتقه ووجه القول الاول ان هذا احد ولو كان يخاف منه الهلاك لما حد به من يراد استبقاء حياته فلذلك مكن من ضربه وانما يمنع من الضرب الذي يخاف عليه منه ووجه القول الثاني ما احتج به أصبغ انه قدر يخاف عليه منه العطب فلا يمكن من ضربه وليعجل عتقه

(فصل) ومن أعتق على سيده بالمثلة فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم لا يعتق الا بالحكم وقال أشهب بالمثلة يصير حرا وان مات السيد قبل ان يعلم به فهو من رأس ماله وقال ابن عبد الحكم أما المثلة المشهورة لا شك فيها فهو حر بنفس المثلة وأما ما يشك فيه فلا يعتق الا بحكم كالايلاء البين فأجله من وقت اليمين وأما ما يدخل عليه بسبب فمن يوم الحكم قال القاضي أبو محمد وجه الرواية الأولى أنه فعل يستحق به العتق الى حكم كتبعيض العتق ووجه الرواية الثانية انه معنى يوجب عتق عبد معين فوجب أن يقع العتق بوجوده أصل ذلك شراء من يعتق عليه فيحتمل أن تكون الوليدة التي أعتقها عمر بن الخطاب تعمد سيدها ضربها بنار أثرت في جسدها شينا فاحشا فحكم بحريتها ويحتمل أن يكون أخبر بوقوع العتق عليها حين الضرب وحكم باخراجها عن يده وتمليكها أمرها والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن مثل بعبده أو امرأته فادعى الخطأ وادعى العبد أو المرأة العمد قال سحنون في العتبية القول قول العبد والمرأة قال ثم رجع فقال القول قول الزوج والسيد حتى يظهر العداء وجه القول الاول انه ضربه عمدا وانما راعى انه لم يقصد المثلة ولم يأذن له العبد ولا المرأة في ذلك الضرب فكان ما تولد منه محمولا على العمد ووجه القول الثاني انه ابتداء عمل مباح فلم يضمن جنايته الا ان يثبت تعمده كالطبيب (مسئلة) وأما ان مثل الذمي بعبده النصراني ففي كتاب ابن سحنون قال أشهب يعتق عليه بالمثلة ولو كان معاهدا حربيا لم يعتق عليه وقال ابن القاسم لا يعتق على الذمي الا ان يمثل به بعد ان أسلم العبد وقاله سحنون في العتبية ووجه قول أشهب انه تلزمه أحكام الاسلام في التظالم كالمسلم ووجه قول ابن القاسم انه حكم يختلف باختلاف الشرائع فوجب أن يحملوا فيه على شريعتهم وان كان العبد مسلما غلب حكم الاسلام (مسئلة) واذا مثل السفيه بعبده فقد روى ابن المواز عن أصبغ قال ابن القاسم يعتق عليه وبه قال ابن وهب وأشهب ثم رجع ابن القاسم فقال لا يعتق عليه وكذلك روى عنه يحيى بن يحيى في العتبية وابن حبيب في الواضحة وجه القول الاول انه فعل يثبت به الحكم فكان حكم السفيه فيه حكم المالك لأمره كالاستيلاد ووجه القول الثاني ما احتج به ابن القاسم ان كل من لا يجوز عتقه فلا يعتق عليه بالمثلة كالصغير ومن يجوز عتقه فهذا الذي يعتق عليه بالمثلة (مسئلة) واذا مثلت ذات الزوج بعبدها فقد قال ابن وهب في العتبية يعتق رضي الزوج أو كره وقال سحنون لا يعتق اذا كان أكثر من الثلث رواه عن ابن القاسم وكذلك اختلفوا في المديان والعبد فقال أشهب يعتق على العبد والحر يحيط الدين بماله بالمثلة ورجع ابن القاسم الى انه لا يعتق بالمثلة على العبد ولا على المديان ولا على السفيه وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في المريض يمثل بعبده انه يعتق عليه في ثلثه فان صح ففي رأس ماله وأصله ما تقدم (فرع) اذا قلنا ان السفيه ان مثل بعبده يعتق عليه فقد روى العتبي عن ابن وهب يعتق عليه بالمثلة ولا يتبعه ماله وروى ابن المواز عنه يتبعه ماله وجه القول الأول أنه انما أعتق عليه بالمثلة وذلك لا يتعدى الى ماله ووجه القول الثاني انه عتق لم يستثن فيه المال فتبع العبد كالعتق المبتدا يقع ممن يبتدئ حريته (مسئلة) ومن مثل بعبد من له حق في ماله ففي الموازية لمالك من مثل بعبد لعبده أو لأم ولده أعتق عليه ومن مثل بعبد ابنه الصغير أعتق عليه وغرم القيمة ومن

مثل بعبد لزوجته غرم مانقصه الا أن تكون مثلة مفسدة فانه يعتق ويودى القيمة كعبد الأجنبي

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا انه لا تجوز عتاقة رجل وعليه دين يحيط بماله وانه لا تجوز عتاقة الغلام حتى يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم وأنه لا تجوز عتاقة المولى عليه في ماله وان بلغ الحلم حتى يلي ماله ﴾ ش وهذا كما قال ان من أحاط الدين بماله فانه لا يبتدئ عتق عبده فان فعل ذلك وأعتق عبده فان للغرماء رد ذلك بحكم حاكم وليس لهم رده دون الامام فان ردوه وباعوه ففي الموازية يرد الامام بيعهم ويعتقهم ومعنى ذلك أنه يردهم الى الحالة التي كانوا عليها ثم ينظر في أمرهم فان كان متصل العدم رد عتقهم ووجه ذلك انه حكم بين الغرماء والعبد فليس له امضاؤه والنظر فيه وانما يمضيه دونهم (مسئلة) وان أمسك الغرماء عن القيام في ذلك بعد العتق قال ابن عبد الحكم ان قام الغرماء بعد ثلاث سنين أو أربع وهو في البلد وقالوا لم نعلم فذلك لهم كانوا رجالا أو نساء حتى تقوم بينة انهم علموا وأما في أكثر من أربع سنين فلا يقبل منهم وقال مالك في الموازية استحسن انه اذا طال الزمان حتى يوارث الأحرار وجازت شهادته ونحوه قال ابن القاسم يريد أن يشتهر بالحرية ويثبت له أحكامها بالموارثة وقبول الشهادة ولم يمنع من ذلك الغرماء فان ذلك محمول على الرضا بعتقه وقال أصبغ ان ذلك انما هو في التطاول الذي لعله أثبت على السيد فيه أوقات يسر ولو تيقن بشهادة قاطعة انه لم يزل عديما متصل العدم مع غيبة الغرماء ومن غير علمهم فانه يرد عتقه ولو ولد له سبعون ولدا (فرع) ولو قال الغريم في ثلاث سنين وأربع علمت بعتقه ولم أنكره لما اعتقدت أن الدين لا يحيط بماله فقد قال ابن عبد الحكم لا ينفعه ذلك وينفذ عتقه وقال أصبغ عن ابن وهب لا يرد لدين هذا الغريم فان كان معه غريم غيره رد ذلك الغريم ودخل معه هذا قال أصبغ بل يرد لهذا الغريم وان كان وحده (مسئلة) وان أيسر المعتق ثم قام عليه الغرماء وقد أعسر فقد قال مالك لا يرد عتقه ولو رد الامام عتقه ثم أيسر السيد قبل بيعه لعتق رواه ابن القاسم وأشهب عن مالك في كتاب ابن سحنون قال وليس رد السلطان برد حتى يباع مالم يقسم بين الغرماء أو لم يفت ذلك وقال ابن نافع لا أعرف هذه الرواية والذي أعرف ان رد السلطان رد للعتق وان لم يبع في الدين فلا يعتق بعد ذلك وان أفاد مالا ووجه الرواية الأولى ان رد السلطان ليس بحكم وانما هو توقيف ونظر ولو ماتوا لكانوا من السيد فاذا طرأ له مال بعد ذلك لم يبطل نظره وتوقيفه العتق ووجه قول ابن نافع أن حكم السلطان في ذلك حكم برد العتق واثبات الملك ويلزم على هذا أن يكونوا من ضمان الغرماء لان العتق لم يرد (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فرد السلطان عتق الرقيق فليس للسيد الوطء وله استخدامهم فان أفاده مثل دينه عتقوا وان أفاد أقل من ذلك فان كان العتق في كلمة بيع منهم بما بقي بالحصص وان أعتقهم واحدا بعد واحد بيع الآخر وأعتق من بقي كمن أعتق وله وفاء ببعض دينه قاله ابن القاسم (مسئلة) ولو قال عبدي يخدم فلانا سنة ثم هو لفلان فقد روى عيسى عن ابن القاسم ليس للغرماء رده حتى تنقضي السنة ويخلص للثاني بتلا فحينئذ يكون للغرماء رده واجازته وهذا يقتضي ان منافعه لا اعتراض للغرماء فيها ولا تتعلق حقوقهم بها وانما تتعلق برقبته

(فصل) وقوله ولا يجوز عتاقة الغلام حتى يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم يريد ان الصغير الذي لم يبلغ سن الاحتلام لا ينفذ عتقه لعبده ولو أجازه الولي ووجه ذلك انه غير مكلف كالمجنون

(فصل) وقوله يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم يجوز أن يكون على وجه الشك من الراوي ويحتمل أن يريد

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا انه لا تجوز عتاقة رجل وعليه دين يحيط بماله وأنه لا تجوز عتاقة الغلام حتى يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم وأنه لا تجوز عتاقة المولى عليه في ماله وان بلغ الحلم حتى يلي ماله

أن يكون به علامات الاحتلام موجودة وهي الانبات أو السن وذلك أن الحكم اذا كان بين الصبي وغيره من الآدميين ووجدت به علامات البلوغ حكم له بحكم الرجال البالغين وذلك أن يوجد قد أنبت

(فصل) وقوله ولا يجوز عتاقة المولى عليه في ماله وان بلغ الحلم يريد أن السفيه لا يجوز عتقه لاسيما اذا كان مولى عليه ممنوعا من التصرف في ماله لان ذلك حكم برد أفعاله وأما ان كان غير مولى ففي العتبية والموازية عن مالك في السفيه يلي ماله أنه يجوز عتقه وروى زياد عن مالك ان البين سفهه أفعاله جائزة حتى يحجر عليه وهذا قول أصحاب مالك الا ابن القاسم فانه قال في الذي سفهه بين يحجر على مثله لا يجوز أمره وجه قول مالك بانه غير محجور عليه فجازت أفعاله كالرشيد وذلك ان عدم الحجر حكم باطلاقه ووجه قول ابن القاسم ما احتج به ان حاله حال من يحجر عليه وانما أخطأ الحاكم في ترك الحجر عليه وذلك لا يبيح ماله (مسئلة) فاذا قلنا ان عتق المولى عليه غير جائز فقد قال مالك في الموازية انه لا يجوز عتقه وان أجازه وليه ووجه ذلك انه ليس لوليه اتلاف ماله فاذا ارشد فقد روى في العتبية عيسى عن ابن القاسم له رده اذا ارشد كالصبي وقال ابن القاسم اذا لم يرد عتقه حتى رشد والعبد في يده لم يلزمه عتقه وان كان زال عن يده وولي نفسه فتركه وأمضى عتقه فذلك يلزمه اذا أمضاه بعد رشده (مسئلة) وأما عتق السفيه أم ولده فقد روى ابن المواز أجمع مالك وأصحابه ان عتق السفيه لأم ولده لازم جائز وروى ابن سحنون عن أبيه عن المغيرة وابن نافع أن عتقه أم ولده لا يجوز بخلاف طلاقه ووجه القول الأول انه ليس له فيها الا الاستمتاع فجازت ازالته كالطلاق ووجه القول الثاني انه عتق فلم يصح منه كعتق عبده (فرع) فاذا قلنا يلزمه العتق فيها فهل يتبعها مالها قال ابن القاسم ولا يتبعها مالها الا التافه قال سحنون كان تافها أو غير تافه وفي العتبية والموازية لأشهب عن مالك يتبعها مالها ان لم يستثنه وجه القول الأول انه سفيه فلا سبيل له الى ازالة ملكه عن ماله بالقول بغير عوض ووجه القول الثاني ان المال تبع لازالة ملكه من الرقبة فاذا صح ازالة ملكه عن العين تبعها المال كما لو طلق ويبقى المهر للزوجة ولان المال انما كان لأم الولد ولم ينتزعه بالعتق

﴿ ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة ﴾

ص ﴿ مالك عن هلال بن أسامة عن عطاء بن يسار عن عمر بن الحكم أنه قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان جارية لي كانت ترعى غنما لي فجئتها وقد فقدت شاة من الغنم فسألتها عنها فقالت أكلها الذئب فأسفت عليها وكنت من بني آدم فلطمت وجهها وعلي رقبة أفأعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الله فقالت في السماء فقال من أنا فقالت أنت رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها * مالك عن ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله ابن عتبة بن مسعود أن رجلا من الأنصار جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بجارية له سوداء فقال يا رسول الله ان علي رقبة مؤمنة فان كنت تراها مؤمنة أعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتشهدين أن لا اله الا الله فقالت نعم قال أتشهدين أن محمدا رسول الله قالت نعم قال أتوقنين بالبعث بعد الموت قالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها ﴾ ش قال عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعشى فأسفت عليها يريد غضبت عليها قال عيسى في قوله تعالى فلما آسفونا انتقمنا منهم معناه أغضبونا وقوله وكنت من بني آدم يعني انه يدركه من الغضب ما يدركهم وقوله

﴿ ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة ﴾

* حدثني مالك عن هلال ابن أسامة عن عطاء بن يسار عن عمر بن الحكم أنه قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان جارية لي كانت ترعى غنما لي فجئتها وقد فقدت شاة من الغنم فسألتها عنها فقالت أكلها الذئب فأسفت عليها وكنت من بني آدم فلطمت وجهها وعلي رقبة أفأعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الله فقالت في السماء فقال من أنا فقالت أنت رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها * وحدثني مالك عن ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله بن عتبة ابن مسعود أن رجلا من الأنصار جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بجارية له سوداء فقال يا رسول الله ان علي رقبة مؤمنة فان كنت تراها مؤمنة أعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتشهدين أن لا اله الا الله فقالت نعم قال أتشهدين أن محمدا رسول الله قالت نعم قال أتوقنين بالبعث بعد الموت قالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها

فلطمت وجهها وعلى رقبة يحتمل أن يريد أن عليه رقبة بلطمه اياها ان كان قد شج وجهها و يحتمل أن يريد أن عليه رقبة من معنى آخر كفارة أوغيرها فأراد أن يخصها بالعتق فى ذلك لما قدناها من اذلالها وسؤال النبى صلى الله عليه وسلم لها عن معانى الايمان يقتضى ان الرقبة كانت واجبة عليه من كفارة يشترط فيها الايمان لان العتق للتمثيل لايعتبر فيه الايمان

(فصل) وقوله للجارية أين الله فقالت فى السماء لعلها تريد وصفه بالعلو و بذلك يوصف كل من شأنه العلو فيقال مكان فلان فى السماء بمعنى علو حاله و رفعته وشرفه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لها من أنا فقالت رسول الله يقتضى أن الايمان لايتبعض ولا يصح الايمان بالله مع الكفر بمحمد صلى الله عليه وسلم وقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها يقتضى ان الايمان يحصل بالاقرار بذلك والاعتقاد وان لم يقترن بذلك نظر ولا استدلال * قال القاضى أبو جعفر وفى الحديث الثانى ان السائل قال ان على رقبة مؤمنة فان كنت تراها مؤمنة أعتقها فسألها النبى صلى الله عليه وسلم أتشهدين أن لا اله الا الله قالت نعم قال أفتشهدين أن محمدا رسول الله أفتوقنين بالبعث بعد الموت فلما قالت نعم قال اعتقها وذلك يقتضى انه حكم بكونها مؤمنة دون أن يسألها عن نظر واستدلال وكذلك كل من أتى ليؤمن أخذنا عليه الشهادتين فاذا أقر بهما حكمنا بايمانه ولم نسأله عن نظره واستدلاله وان كنا نأمره بذلك ونحضه عليه بعد ايمانه وترجم مالك على هذين الحديثين بما يجوز من العتق فى الرقاب الواجبة فاقتضى ذلك تأويله فى العتق المذكور فى الحديث انه عتق واجب وانه غير معين وقد تقدم وصفنا لما يجزئ من ذلك مما لا يجزئ فى كتاب الايمان والنذور والله الموفق للصواب ص ﴿ مالك أنه بلغه عن المقبرى أنه قال سئل أبو هريرة عن الرجل تكون عليه رقبة هل يعتق فيها ابن زنا فقال أبو هريرة نعم ذلك يجزئ عنه * مالك أنه بلغه عن فضالة بن عبيد الأنصارى وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الرجل تكون عليه رقبة هل يجوز له أن يعتق ولد زنا قال نعم ذلك يجزئ عنه ﴾ ش قوله ولد الزنا يجزئ عتقه عن الرقاب الواجبة يريد أن من وجب عليه عتق رقبة لكفارة أو نذر أو غير ذلك فانه يجزئه أن يعتق فى ذلك ولد زنا لان ذلك النقص لا يختص به وانما يختص بنسبه وذلك غير مؤثر فى العتق كما لو كان أبواه مجوسيين وقال زيد بن أسلم هو خير الثلاثة لم يعمل سوأ قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وقال ربيعة انى أجده فى الاسلام شأنه تاما وقد روى فى العتبية أشهب عن مالك أحب الى أن لا يعتق ولد الزنا فى الرقاب الواجبة والله أعلم وأحكم

﴿ مالا يجوز من العتق فى الرقاب الواجبة ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه أن عبد الله بن عمر سئل عن الرقبة الواجبة هل تشترى بشرط فقال لا * قال مالك وذلك أحسن ما سمعت فى الرقاب الواجبة انه لا يشتريها الذى يعتقها فيما وجب عليه بشرط على أن يعتقها لانه اذا فعل ذلك فليست برقبة تامة لانه يضع من ثمنها للذى يشترط من عتقها ﴾ ش وهذا على ما قال ان من كانت عليه رقبة واجبة عن كفارة أو نذر لانه لا يجزئه أن يشتريها بشرط العتق لما احتج به لانه يحط عنه من ثمنها لما شرط عليه من عتقها فلم يعتق رقبة تامة ووجه آخر ان العتق لا يوقعه وحده بل يوقعه معه من شرط عليه وروى عن عيسى فى المدنية سألت ابن القاسم عمن اشترى رقبة بشرط العتق عن واجب أرأيت ان أعتقها فقال ان كان المبتاع عالما بأن ذلك لا ينبغى فعليه

* وحدثنى مالك انه بلغه عن المقبرى انه قال سئل أبو هريرة عن الرجل تكون عليه رقبة هل يعتق فيها ابن زنا فقال أبو هريرة نعم ذلك يجزى عنه * وحدثنى مالك انه بلغه عن فضالة بن عبيد الانصارى وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الرجل تكون عليه رقبة هل يجوز له أن يعتق ولد زنا قال نعم ذلك يجزئ عنه

﴿ مالا يجوز من العتق فى الرقاب الواجبة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه أن عبد الله بن عمر سئل عن الرقبة الواجبة هل تشترى بشرط فقال لا قال مالك وذلك أحسن ما سمعت فى الرقاب الواجبة انه لا يشتريها الذى يعتقها فيما وجب عليه بشرط على أن يعتقها لأنه اذا فعل ذلك فليست برقبة تامة لأنه يضع من ثمنها للذى يشترط من عتقها

عتق رقبة أخرى وان كان جاهلا لا علم له نظر فان كان اشتراها بقيمتها دون نقص فلا شئ عليه وان كان وضع له من الثمن شئ لم يجزه وعليه رقبة أخرى لانه لم يعتق رقبة تامة قال عيسى وبلغني عن ابن كنانة انه قال ان كان جاهلا لم يؤمر بالاعادة وروى يحيي بن يحيي عن ابن نافع لا يجزئه وجه قول ابن القاسم مراعاة الخلاف وانه من اعتقد في ذلك ما يعتقده من أنه لا تجزى ففعل ذلك فقد دخل على أنها لا تجزئه ومن كان يعتقد اجزاء ذلك فهو قول قوم من أهل العلم لم ينكر عليه ما اعتقده ووجه قول ابن نافع ان الحكم فى الأمور الدينية العامة انما تجرى على قول المفتى والحاكم فيلزم ذلك سائر الناس بالفتوى ان استفتوه وبالحكم بذلك اذا كان مما يفتقر الى حكم حاكم وقد روى ابن المواز عن مالك انه اختلف قوله فيمن اشترى رقبة بشرط العتق عن واجب أو غير واجب فقال مرة يعتق عليه وان كره قال أبو محمد يريد ولا تجزئه عن الواجب اذا اشتراه بشرط العتق قال محمد ثم رجع مالك فقال لا يعتق عليه الا أن يشتريه على ايجاب العتق وقاله ابن القاسم قال محمد والايجاب على أنه حر لا على أن يعتقه فوجه القول الاول انه عقد بيع قد انعقد على شرط جائز على وجه اللزوم فوجب أن يلزمه كما لو شرط زيادة فى الثمن أو عملا ولان المشترى ملك العبد بهذا الشرط وعلى هذا الوجه فليس له الانتقال الى غيره ووجه القول الثانى أن الشراء قد وقع على وجه تقرر الملك وثبوته ثم يستأنف بعد ذلك العتق ووجوب العتق ينافى تقرر الملك فلذلك كان له الامساك عن العتق ولان البائع علق العتق بفعل المشترى ولم يشترط وقوعه بنفس الملك فاقتضى ذلك أن يكون موقوفا على اختيار المشترى ومختصا بايقاعه دون ايقاع غيره (فرع) واذا قلنا ان للمشترى الامتناع من عتقه فلا يخلو أن يقوم عليه البائع أو يمسك عنه فان قام عليه فان له أن يطلبه بالعتق أو الرد قاله ابن عبد الحكم عن مالك ووجه ذلك أنه لما شرط شرطا جائزا كان له أن يطلب به فاما أن يوفيه اياه واما أن يترادا البيع (فرع) وهذا اذا كان العبد بعينه وقام الغرماء بقرب البيع فان أدركه عيب وذلك بقرب البيع بأيام يسيرة فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك للبائع أن يأخذه بعيبه أو يترك شرطه وقال ابن القاسم ان مات بقرب البيع فان أدركه عيب أو دخله عيب مفسد فلا شئ على المبتاع واما ان مضى للبيع شهر فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك على المبتاع قيمته يوم البيع بلا شرط ان لم يكن للبائع علم بترك المبتاع العتق ومثله قال ابن القاسم فى وجوب القيمة لمضى الشهر ووجه ذلك انه لما كان للمشترى أن ينفذ العتق أو يمسك عنه وكان للبائع المطالبة بالعتق أو تسويغ الترك فكان البيع وقع على الخيار من هذا الوجه فما أصابه فى مدة الخيار المطالب فهو من البائع ان اختار ارتجاع العبد والبائع على خياره فى امضاء البيع أو رده فان مضت مدة لا يصح فيها الخيار فى الرقيق فان علم البائع بترك المبتاع العتق ولم يعترض منه المدة فقد لزمه البيع وبطل شرطه من العتق ولا شئ له من زيادة القيمة ولا يلزم المبتاع عتقه قال ابن القاسم فان لم يعلم فهو على شرطه ولما فات ارتجاع العبد بما دخله من العيب فعلى المبتاع قيمته دون شرط لما تعدى به من منع العتق وهذا ما كانت القيمة أكثر من الثمن فان كانت أقل من الثمن فلا رجوع على البائع لان المشترى قد رضى بذلك الثمن بالشرط فلا يحط عنه وقد سقط الشرط (فرع) واذا فات العبد عند المشترى ولزمته قيمته لعيب حدث به بعد شهر أو طول زمان فأعتقه حينئذ المشترى عن ظهار أو عتق واجب أجزأه ان كان العيب الذى حدث به لا يمنع الاجزاء والطول المعتبر فى ذلك السنة والسنة ونصف والسنتان أبين فاذا أعتقه بعد ذلك المشترى لزمته قيمته دون شرط العتق وأجزأه ووجه ذلك أن التغيير الظاهر

في الشهر أو طول المقام دون عيب يقتضي فوات العبد عند المشتري فاذا كان البائع لم يعلم بترك
العتق لزم المشتري قيمته دون شرط وتقرر ملكه عليه سالما من الشرط فاذا أعتقه حينئذ عن
ظهار أو أمر واجب أجزأه (مسئلة) ومن أوصى بشراء عبد بعينه ليعتق فليشتر على بيع البراءة
ولا يشتر بعهدة الثلاث رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك ان العهدة انما هي ليعلم سلامته
من عيب لا يمنع وجوده صحة عتقه عن ظهار ولا غيره فلم يحتج اليها فيما يشترى للعتق وقد قال مالك فيمن
أوصى بعتق عبد معين فرض العبد مرضا شديدا انه يعتق اذا اجتمع المال ولا يؤخر لمرضه والله أعلم
وأحكم ص ﴿ قال مالك ولا بأس أن يشترى الرقبة في التطوع ويشترط انه يعتقها ﴾ ش
وهذا على ما قال انه من اشترى رقبة تطوع بشرط العتق أجزأه ذلك لان الرقبة لم تلزمه بعد وانما هو
متبرع بعتق ما ملك منها سواء كان ذلك جميعها أو بعضها ومن أمر غيره أن يشتري له رقبة يعتقها
لتطوع وقدر له ثمنا فزاد المأمور له في ثمنها (١) (مسئلة) والموصي اذا اشترى رقبة التطوع
واشترط العتق لم يضمن اذا كان الثمن مبلغ وصيته قاله مالك ص ﴿ قال مالك ان أحسن ما سمع
في الرقاب الواجبة أنه لا يجوز أن يعتق فيها نصراني ولا يهودي ولا يعتق فيها مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد
ولا معتق الى سنين ولا أعمى ولا بأس أن يعتق النصراني واليهودي والمجوسي تطوعا لان الله تبارك
وتعالى قال في كتابه فاما منا بعد واما فداء فالمن العتاقة * قال مالك فأما الرقاب الواجبة التي ذكر الله
في الكتاب فانه لا يعتق فيها الا رقبة مؤمنة * قال مالك وكذلك في اطعام المساكين في الكفارات
لا ينبغي أن يطعم فيها الا المسلمون ولا يطعم فيها أحد على غير دين الاسلام ﴾ ش وهذا على ما ذكر
انه لا يعتق في الرقاب الواجبة يهودي ولا نصراني ولا يعتق الا مؤمن لان الله تعالى قال في كتابه ومن
قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة فقيدها بالايمان ثم قاس أهل العلم سائر الكفارات على كفارة
القتل غير ما روي عن أبي حنيفة أنه أجاز في كفارة الظهار وكفارة الأيمان عتق رقبة غير مؤمنة وقد
تقدم ذكره (مسئلة) وأما من يجبر على الاسلام من أهل الكفر فقد روى ابن المواز عن ابن
القاسم ان أعتق عن ظهاره من يجبر على الاسلام قبل أن يسلم أجزأه وقال أشهب لا يجزئه حتى يجيب
اليه أو يثنيه ونحوه ومن عرف القبلة أحب الينا ومعنى قوله أن لا يقر على الاسلام يريد أهل الأوثان
فانه لا يقر في الاسترقاق عنده على دينه وجه قول ابن القاسم انه لما كان لا يقر على دينه ويحمل على
الاسلام وكان الغالب من جميعهم الدخول في الاسلام كان له حكم المسلم لانه لا يقر على سواه ووجه
قول أشهب انه لما لم يظهر الرضا بالاسلام والميل اليه فليس له حكم الاسلام لجواز أن يرضى بما يلقى
التمسك بدينه فاذا أظهر الاسلام يريد أظهر الاجابة اليه فانه مسلم وان لم يتلفظ بذلك لان الايمان
انما هو التصديق بالقلب قال محمد وهذا أحسن وهو معنى قول مالك في الأعجمي من قصر النفقة
يعني من أسلم أحب الينا ممن صلى وعرف القبلة أو عرف الله سبحانه وأما قبل أن يسلم فلا يجوز لان
النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر رب السوداء أن يعتقها حتى أقرت بالايمان وعرفته وقول محمد
وعرفته ليس في ظاهر الحديث ما يدل عليه اقرارها به وانما فيه ما يدل على ذلك (مسئلة) ويجوز
عند ابن القاسم عتق الصغير وأبواه كافران اذا كان يريد ادخاله في الاسلام رواه عنه ابن المواز
والذي يقتضي مذهبه في المدونة انه لا يجزيه لانه قال لا يصلى عليه حتى يفهم ويجيب الى الاسلام واذا
حكمنا له بحكم الاسلام لاعتقاد سيده ادخاله في الاسلام فيجب أن يصلى عليه ويدفن مع المسلمين
وهذا انما يعرف من مذهب ابن الماجشون

* قال مالك ولا بأس أن يشترى الرقبة في التطوع ويشترط أن يعتقها * قال مالك ان أحسن ما سمع في الرقاب الواجبة انه لا يجوز أن يعتق فيها نصراني ولا يهودي ولا يعتق فيها مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق الى سنين ولا أعمى ولا بأس أن يعتق النصراني واليهودي والمجوسي تطوعا لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه فاما منا بعد واما فداء فالمن العتاقة * قال مالك فأما الرقاب الواجبة التي ذكر الله في الكتاب فانه لا يعتق فيها الا رقبة مؤمنة * قال مالك وكذلك في اطعام المساكين في الكفارات لا ينبغي أن يطعم فيها الا المسلمون ولا يطعم فيها أحد على غير دين الاسلام

(فصل) وقوله ولا يعتق فيها مكاتب عتق المكاتب على ضربين أحدهما أن يكاتبه ثم يعتقه عن ظهاره والثانى أن يشترى مكاتبا ثم يعتقه عن ظهاره فأما الذى يعتقه بعد مكاتبته فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يجزى فى الرقاب الواجبة مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق الى أجل ولا معتق بعضه ولا ممثل به ولا من يعتق بالقرابة ووجه ذلك أن كل واحد منهم قد تعلق به عتق ليس للسيد رده فليس له صرفه الى وجه آخر وجب عليه (مسئلة) وهذا فيمن كاتبه هو أو دبره فان كاتبه غيره فاشتراه هو ثم أعتقه عن ظهاره فقد روى ابن المواز عن أصبغ لا يجزئه فى قول مالك الأول الذى قال يرد عتقه وينقض البيع وبه قال أشهب وفى قوله الآخر يجزئه لانه جعل عتقه فوتا ولم يرده قال ابن المواز وهذا أحب الىّ قال ابن القاسم وأما عتقه لمكاتبه فلا يجزئه (مسئلة) ومن ابتاع مدبرا كتمه البائع تدبيره فأعتقه عن واجب أجزأه قاله ابن القاسم واختاره ابن المواز وقال أشهب لا يجزئه (مسئلة) ولا يجوز فى الرقاب الواجبة عتق عبد مرتهن بيمين قاله أصبغ فى الموازية ووجه ذلك ما قدمناه من أنه قد لزمه عتق لا يقدر على ازالته عنه لغير هذا الوجه فلم يكن له صرفه الى غيره وقد قال محمد بن عبد الحكم فيمن قال لله علىّ عتق عبدى ميمون ثم أعتقه عن ظهاره فانه لا يجزئه عن ظهاره ولا شئ عليه ومعنى ذلك أنه لم يفت لنذره وقد فات بالعتق عن ظهاره والله أعلم (مسئلة) ومن اشترى زوجته فأعتقها عن واجب فان لم تكن حاملا منه أجزأته وان كانت حاملا منه لم تجزه لانها صارت بالشراء أم ولد قاله ابن القاسم فى العتبية قال محمد وهو قول مالك وأصحابه وقال أشهب لا تكون به أم ولد وتجزئه ان كانت بينة الحمل فان شك فيها انتظر فاذا وضعته لاقل من ستة أشهر من يوم الشراء أجزأته وان وضعته لاكثر لم تجزئه لانها بعد الشراء حملت به وقد تقدم توجيه ذلك والله الموفق للصواب برحمته

(فصل) وقوله ولا بأس أن يعتق اليهودى والنصرانى والمجوسى تطوعا يريد ابتداء من لم يلزمه عتق أو لزمه بالنذر عتق لم يشترط فيه الايمان قال لان الله تعالى يقول فاما منا بعد وأما فداء والمن العتاقة وهذا كلام فيه تجوز لانه وان كانت العتاقة نوعا من المن الا أن اسم العتق أخص بما تقدم الملك عليه واسم المن أخص بما منّ عليه قبل تقرير الملك وذلك أن أصحابنا قالوا ان الامام فى الاسرى مخير بين خمسة أشياء القتل والفداء أو المن أو الاسترقاق أو عقد الذمة

﴿ عتق الحى عن الميت ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن أبى عمرة الأنصارى أن أمه أرادت أن توصى ثم أخرت ذلك الى أن تصبح فهلكت وقد كانت همت بأن تعتق فقال عبد الرحمن فقلت للقاسم بن محمد أينفعها أن أعتق عنها فقال القاسم ان سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان أمّى هلكت فهل ينفعها أن أعتق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال توفى عبد الرحمن بن أبى بكر فى نوم نامه فأعتقت عنه عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم رقابا كثيرة قال مالك وهذا أحب ما سمعت الىّ فى ذلك ﴾ ش ومعنى ذلك أن العتق على الميت لا خلاف فى جوازه فأما عن الحى فقد قال مالك وابن القاسم من أعتق عن رجل فيما لزمه من واجب بأمره أو بغير أمره أجزأه وكذلك ان أطعم عنه أو كسا وذلك كتكفيره عن الميت وقال أشهب لا يجزئه بأمره ولا بغير أمره لان الأمر ممكن كما لو أعطاه على ذلك عوضا ويصح أن يفرق بينهما بأن الميت

﴿عتق الحى عن الميت﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن عبد الرحمن بن أبى عمرة الانصارى ان أمه أرادت أن توصى ثم أخرت ذلك الى أن تصبح فهلكت وقد كانت همت بأن تعتق فقال عبد الرحمن فقلت للقاسم بن محمد أينفعها ان أعتق عنها فقال القاسم ان سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان أمى هلكت فهل ينفعها أن اعتق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * وحدثنى مالك عن يحيى ابن سعيد انه قال توفى عبد الرحمن بن أبى بكر فى نوم نامه فاعتقت عنه عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم رقابا كثيرة * قال مالك وهذا أحب ما سمعت الى فى ذلك

لو اشترى المعتق عنه من يعتق عليه أجزأه ما لم يوص الميت بعتقه عنه بعينه فلا يجزئه ولا يجزئ في الحي أن يشترى ويعتق عنه عن ظهاره من يعتق عليه بالملك (مسئلة) ولو أعطاه عوضا على أن يعتق عنه لم يجزه قاله مالك وابن القاسم ومعنى ذلك انه من باب الشراء بشرط العتق وقد قال مالك ان اشترى الوصى الرقبة الواجبة بشرط العتق ضمن ولم يجزه (مسئلة) وأما في التطوع فيشترى له من يعتق عليه في حياته والعتق عنه على ضربين أحدهما ابتداء فمن أعتق عنه من مؤمن أو كافر أو ناقص الخلقة أو كاملها فذلك جائز وأما ان أوصى بذلك فقد قال أشهب ان اشترى الوصى في التطوع نصرانيا ضمن علم بذلك أو لم يعلم ومعنى ذلك ان كفرها عيب فيها فليس له وقد أوصى على الاطلاق الذى يقتضى السلامة أن لا يشترى له معيبا (فرع) ومن أعتقه رجل عن غيره في كفارة لزمته فولاؤه له

فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقاب أيها أفضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه أعتق ولد زنا وأمه ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا يقتضى الاعتبار بزيادة الثمن وقد يكون ذلك على وجهين أحدهما أن يزيد في الثمن على القيمة والثانى أن يزيد الثمن لزيادة القيمة فأما زيادة الثمن على القيمة فعندى أنه لا اعتبار به الا أن يأبى أهلها من بيعها الا بزيادة على قيمتها ويرغب في عتقها الا ان الميت أوصى بذلك أو لمعنى يخصها (مسئلة) وأما زيادة الثمن لزيادة قيمتها فيعتبر به على كل حال لان النبي صلى الله عليه وسلم قد نص على ان أفضل الرقاب أغلاها ثمنا وقد قال ابن القاسم فيمن أوصى أن يعتق خيار رقيقه بدئ بأغلاهم ثمنا وهذا اذا كانت الرقبتان متساويتين في الاسلام والصلاح فان كانت احداهما مسلمة والثانية نصرانية وهى أكثرهما ثمنا فقد روى ابن حبيب عن زياد عن مالك ان عتق الكثيرة الثمن أفضل وان كانت نصرانية. وقال أصبغ عتق المسلمة أفضل ولو كانتا مسلمتين واحداهما أصلح دينا وهى أقل ثمنا فالكثيرة الثمن أولى وجه قول مالك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من اعتبار غلاء الثمن لانه هو الذى يخرجه المعتق وأما الدين فانما هو شئ يختص بالرقبة ولذلك قدمنا الكثيرة الثمن على الأصلح دينا ووجه قول أصبغ حمله الحديث في غلاء الثمن على التساوى في الاسلام ولا اعتبار بزيادة الصلاح لانه لا تأثير له في المنع من اجزاء الرقبة الواجبة وللكفر تأثير في ذلك وقد روى عن ابن القاسم ان الرقبتين اذا تقاربتا في الأثمان بدأ بالأصلح وروى أصبغ عن ابن عباس انه سئل عن رقبتين احداهما لغية أيهما أفضل فقال أغلاهما ثمنا بدينار

مصير الولاء لمن أعتق

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت جاءت بريرة فقالت انى كاتبت أهلى على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينينى فقالت عائشة ان أحب أهلك أن أعدها لهم عدتها ويكون لى ولاؤك فعلت فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم ذلك فأبوا عليها فجاءت من عند أهلها ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت لعائشة انى قد عرضت عليهم ذلك

﴿ فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقاب ايها أفضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها * وحدثنى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه أعتق ولد زنا وأمه

﴿ مصير الولاء لمن أعتق ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت جاءت بريرة فقالت انى كاتبت أهلى على تسع أواق في كل عام أوقية فاعينينى فقالت عائشة ان أحب أهلك أن اعدها لهم عدتها ويكون لى ولاؤك فعلت فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم ذلك فأبوا عليها فجاءت من عند أهلها ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت لعائشة انى قد عرضت عليهم ذلك

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وانما الولاء لمن أعتق

* وحدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عائشة أم المؤمنين أرادت أن تشتري جارية تعتقها فقال أهلها نبيعكها على أن ولاءها لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا يمنعك ذلك فانما الولاء لمن أعتق

* وحدثني مالك عن يحيى ابن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أن بريرة جاءت تستعين عائشة أم المؤمنين فقالت عائشة ان أحب اهلك ان أصب لهم ثمنك صبة واحدة واعتقك فعلت فذكرت ذلك بريرة لأهلها فقالوا لا الا أن يكون ولاؤك لنا قال يحيى بن سعيد فزعمت عمرة أن عائشة ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقيها فانما الولاء لمن أعتق

فأبوا عليّ الا أن يكون الولاء لهم فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألها فأخبرته عائشة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وانما الولاء لمن أعتق * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عائشة أم المؤمنين أرادت أن تشتري جارية تعتقها فقال أهلها نبيعكها على أن ولاءها لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا يمنعك ذلك فانما الولاء لمن أعتق * مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن ان بريرة جاءت تستعين عائشة أم المؤمنين فقالت عائشة ان أحب أهلك ان أصب لهم ثمنك صبة واحدة وأعتقك فعلت فذكرت ذلك بريرة لأهلها فقالوا الا أن يكون ولاؤك لنا قال يحيى بن سعيد فزعمت عمرة أن عائشة ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقيها فانما الولاء لمن أعتق * ش قول بريرة كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية يقتضي ان الكتابة على النجوم جائزة وتكون الكتابة شيأ مقدرا وما يدفع منه في كل عام مقدرا وقولها فأعينيني دليل على جواز السعي وأخذ صدقات التطوع لتؤدي بها عن نفسها وأما الصدقات الواجبة من الزكوات فان مالكا قال ان أعطى منها ما يتم به عتق المكاتب فجائز وغيره أحب الي وأما ان يعطى منه ما يستعين به على كتابته مع بقاء رقه فلا وليس في قول بريرة فأعينيني ما يدل على زكاة ولا على غيرها وانما طلبت العون على الأداء

(فصل) وقول عائشة ان أحب أهلك ان أعدها لهم عدتها ويكون لي ولاؤك فعلت يحتمل أن يكون على معنى شراء المكاتب مع تمكنه من الاداء ويحتمل أن يكون بمعنى شرائها لعجزها عن الأداء أو رجوعها الى الرق قال ابن مزين لعيسى كيف جاز لعائشة أن تشتري بريرة وهي مكاتبة فقال نحمله على انها عجزت وقاله يحيى بن يحيى عن ابن نافع فأما شراء المكاتب فاختلف فيه قول مالك فقال مرة ان فات بالعتق لم يرد وقال مرة يرد وينقض البيع وجه القول الأول ان العتق البتل أقوى من الكتابة ووجه القول الثاني ان العتق انما يترتب على صحة البيع والبيع لا يجوز لان فيه نقضا للكتابة وعقد الكتابة عقد لازم ولا ينتقض الا بالعجز عن الأداء وأما حمل اللفظ على العجز عن الأداء فيحتمل أن يعجز عنه فتلوم أهلها عليها لاستبراء حالها فخرجت تسعى في أداء نجمها فاختارت عائشة أن تترك السؤال وترضى بالعجز لتشتريها فتنفذ عتقها فيكون ذلك أرفق وأتم لعتقها الا انها ربما عجزت عما بقي من نجومها بالكتابة فيكون ذلك وان أرادت النجم الذي حل باعطاء من عائشة أو غيرها ثم ربما ان كانت بقيت النجوم على ما يقتضيه اللفظ مع الاداء بتعجيل عتقها تسع سنين ويكون اذا اشترتها عائشة يكون الولاء لها على ما يقتضيه الشرع أو على ما ظننت انها لا يثبت لها الا بالشرط

(فصل) وما ذكرت ان أهلها أبوا الا أن يكون لهم الولاء يحتمل من جهة اللفظ انهم انما أرادوا بيع الكتابة لا بيع الرقبة وذلك ان بيع الكتابة يقتضي بقاء الرقبة والكتابة تقتضي أن يكون الولاء لمن كاتبه ويحتمل أنهم قد أرادوا بيع الرقبة اما مع بقاء الكتابة واما بعد فسخ الكتابة الا انهم اعتقدوا ان اشتراط الولاء لهم جائز مع ذلك وهذا هو الأظهر من الحديث المناقضي بالولاء لعائشة رضي الله عنها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم خذيها واشترطي لهم الولاء ظاهره اشتراطه للبائع وقال أبو جعفر

ابن النحاس معنى ذلك اشترطى عليهم الولاء لنفسك وان لهم بمعنى عليهم وهذا غير صحيح فان فى رواية ابن عمر فى هذا الحديث انهم أبوا الا أن يكون لهم الولاء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعك ذلك فان الولاء لمن أعتق ثم بين ذلك بقوله ما بال رجال يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله عز وجل من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل وذلك يقتضى أنهم وان اشترطوا الولاء لأنفسهم فى البيع فان اشتراط ذلك لا ينفع ولو اشترطوه مائة مرة فان شرط الله يعنى ما أمر به وشرعه أحق وأوثق وانما الولاء لمن اشترط الولاء بالعتق لا بالشرط * وقد روى فى المزنية عيسى عن ابن القاسم فى مكاتب باعه أهله من رجل على أن يعتقه ويكون الولاء لمن باعه فقال الولاء لمن أعتقه والشرط باطل وقد قال سحنون فى كتاب ابنه انما أمر النبى صلى الله عليه وسلم عائشة بشراء بريرة ويشترط الولاء للبائع على معنى الخديعة يريدون ولكن بعد الاعلام لهم بوجه الحكم فى ذلك مع الشرط قال سحنون اذ لا يحل القول من القلوب محل الحكم كما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال انى لانسى أو انسى لاسن يريد ان الفعل أثبت فى النفوس من التعليم بالقول وأنكر قول من قال اشترطى لهم بمعنى عليهم وقال ما علمت من قاله

(فصل) وقوله فانما الولاء لمن أعتق قال سحنون معناه من أعتق عن نفسه لانهم أجمعوا ان الوصية بعتق عن الميت فان الولاء للميت وروى ابن سحنون عن أبيه من أعتق عبده عن غيره فولاؤه للغير وان كره * قال القاضى أبو محمد سواء أعتق عنه باذنه أو بغير اذنه وقال أبو حنيفة والشافعى الولاء للمعتق اذا أعتق عنه بغير اذنه ودليلنا على ما قدمناه ان الولاء معنى يورث به على وجه التعصيب فلا يفتقر حصوله لمن حصل له الى اذنه كالنسب ودليل آخر ان الولاء تعصيب ثبت بالاذن فوجب أن يثبت بغير اذن أصل ذلك الرجل يعتق عبده فيثبت ولاؤه لعصبته وان كرهوا ذلك (مسئلة) ومن هذا الباب عندى من يعتق فى الزكاة ان الولاء لجماعة المسلمين دون المعتق لانه لم يعتق عن نفسه وانما أعتق عن غيره فقوله صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن أعتق محمول على عمومه الا انه خص منه المعتق عن غيره وقد روى عنه ان الولاء لمن أعطى الورق وقد يكون فى الأغلب معطى الورق من يعتق عنه دون مباشرة العتق وأما العتق فى الكفارة فولاؤه للمعتق لانه أعتق عن نفسه (مسئلة) ومن أعتق مدبره عن فلان فالولاء للمعتق قاله ابن لقاسم فى العتبية والموازية قال عنه عيسى ولا أحب ابتداء ذلك ومعنى ذلك ما فيه من اتمام نقل الولاء عن المدبر قال عيسى قيل لابن القاسم فالمكاتب مثله قال ما أشبهه به يريد ان من أعتقه عن غيره فالولاء للمعتق قد ثبت له بعقد الكتابة ولا يقدر أن يفسخ بمال وكذلك لو باعه ممن يعتقه لكان الولاء للسيد وهذا فى البيع بشرط العتق لانه لم يسوغه نقض عقد الكتابة وقد قال عنه أصبغ فى المدبر يبيعه من غير شرط فيعتقه المبتاع ان الولاء للمبتاع لانه قد سوغه باطلاق البيع للملك الذى يبطل الولاء فاذا فات رد البيع بالعتق والولاء للمبتاع المعتق (مسئلة) ومن أعتق أم ولده عن أجنبى فولاؤه للمعتق وكذلك لو باعها ممن يعتقها قال أصبغ الولاء للبائع والعتق ماض كما لو أعطاه مالا على العتق وروى عن سحنون العتق باطل وترد الى سيدها أم ولد وجه القول الأول ما أشار اليه من أن بيعها ممن يعتقها وان كان لفظه لفظ البيع فان معناه أن يعطيه المبتاع مالا على ان يعجل عتقها وذلك جائز فيحمل أمرها على الجائز من المعنى دون المنتزع من اللفظ و وجه القول الثانى ان العقد انما باشر البيع بشرط أن يعتقها المبتاع فاذا بطل البيع بالشرع فى أم الولد لم يصح العتق لانه مترتب على ملك المبتاع لما ابتاع (فرع) فاذا

قلنا ينفذ العتق فان المال سائغ للبائع ور وى ابن الماجشون الولاء للبائع والعتق ماض ويرد الثمن وجه القول الأول ما تقــدم من انه بمنزلة اعطاء المال على تعجيل العتق وذلك جائز ووجــه القول الثانى ان العتق لما وقع باذن سـيدها نفذ بمنزلة من أذن لرجـل فى أن يعتق أمته ولما بطل البيع رد ما تعلق به من الثمن لانه انما أخذه على وجه الثمن ص ﴿ مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صــلى الله عليه وســلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته ﴾ ش نهيه عن بيع الولاء وعن هبته أصــل ذلك أن ينفرد بالبيع دون الرقبــة اذا ثبت بعتق أو بعــقد لازم يقتضى العتق فانه لا يجوز نقــله عن محله ببيع ولا هبة لان النبي صــلى الله عليه وســلم قال انما الولاء لمن أعتق يريد أن الولاء انما ثبت لمن أوقع العتق عن نفسه وقال العلماء ان معناه اذا أوقع عنه العتق غـيره ومن ابتاع الولاء بعــد ثبوته أو هبته فليس بعتق ولا معتق عنــه وأما انتقال الولاء بالمواريث والجــد فن باب ميراث الحقوق بسبب المعتق المور وث لا على أن الولاء ينتقل وانما هو باق كالنسب (مسئلة) اذا ثبت ذلك فن باع ولاء معتقه فقد قال الشيخ أبو اسحاق يبطل بيعه ويرد الثمن على المبتاع ولو وهبــه لم تمض هبته وكان الولاء له لا للموهوب له قال لان الولاء لا ينتقل كما لا ينتقل النسب قال وقد روى عن بعض الصحابة اجازة هبة الولاء والدليل عليه ما تقــدم من حديث النبي صلى الله عليه وســلم ص ﴿ قال مالك فى العبــد يبتاع نفسه من سـيده على أنه يوالى من شاء ان ذلك لا يجوز وانما الولاء لمن أعتق ولو أن رجلا أذن لمولاه أن يوالى من شاء ما جاز ذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وســلم قال الولاء لمن أعتق ونهى رسول الله صــلى الله عليه وســلم عن بيع الولاء وعن هبته فاذا جاز لسـيده أن يشترط ذلك له وأن يأذن له أن يوالى من شاء فتلك الهبة ﴾ ش قوله ليس للعبد أن يبتاع نفسه من سيده على أن يوالى من شاء صحيح لانه بمنزلة أن يعتقه على أن يكون ولاؤه لزيد أو لعمرو أو لمن يختار العبد وقال صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن أعتق وقد قال العلماء معناه أو أعتق عنه وهذا الذى يختار العبــد موالاته فى المستقبل لم يعتق ولا أعتق عنه ونهى أيضا صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وهبته وما يختار العبــد من صرف ولائه الى من شاء اذا لم يكن العتق فلا يخلو أن ينتقل عن المعتق عنه الى من يختاره العبــد ببيــع أو هبة لانه لم يثبت له ابتداء وكلا الوجهين ممنوع لنهيه صلى الله عليه وسلم عنهما وفى الزانية سألت عيسى عمـا كره مالك من أن يبتاع العبد نفسه من سيده على أن يوالى من شاء أرأيـت ان وقع ذلك أيكون له أن يوالى من شاء قال الولاء للسيد والشرط باطل

﴿ جر العبد الولاء اذا أعتق ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن الزبير بن العوام اشترى عبدا فأعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة فلما أعتقه الزبير قال هم موالى وقال موالى أمهــم بل هم موالينا فاختصموا الى عثمان بن عفان فقضى عثمان للزبير بولائهم ﴾ ش قوله ان الزبير اشترى عبدا له بنون من امرأة حرة فأعتقه فقضى له عثمان بولائهــم قال ابن سحنون عن أبيــه قامت السنة عن الصحابة والتابعين وغيرهم ان ولد المرأة الحرة المعتقة ولاؤه لموالى أمه ما كان أبوه عبــدا فاذا اعتق جره الى مواليــه وان كانت عربية فولاؤه للمسلمين حتى يعتق أبوه فعلى هــذا فى مسئلة الزبير كانت زوجة العبــد مولاة فكان ولايتهــم لموالى أمهــم فلما أعتق الزبير أباهم رأى انه قد جر ولاءهم وصاروا موالى له قال ابن المواز عن مالك ولو كان عتق العبد قبل موته بساعة يريد انه بنفس العتق يجر الولاء ولا يفتقر الى

* مالك عن عبــد الله ابن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته قال مالك فى العبد يبتاع نفسه من سيده على انه يوالى من شاء ان ذلك لا يجوز وانما الولاء لمن أعتق ولو أن رجلا أذن لمولاه أن يوالى من شاء ما جاز ذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الولاء لمن أعتق ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته فاذا جاز لسيده أن يشترط ذلك له وان يأذن له أن يوالى من شاء فتلك الهبة

﴿ جر العبد الولاء اذا أعتق ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن الزبير بن العوام اشترى عبدا فاعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة فلما أعتقه الزبير قال هم موالى وقال موالى أمهم بل هم موالينا فاختصموا الى عثمان بن عفان فقضى عثمان للزبير بولائهم

* وحدثني مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن عبد له ولد من امرأة حرة لمن ولاؤهم فقال سعيد ان مات أبوهم وهو عبد لم يعتق فولاؤهم لموالى أمهم * قال مالك ومثل ذلك ولد الملاعنة من الموالى ينسب الى موالى امه فيكونون هم مواليه ان مات ورثوه وان جر جريرة عقلوا عنه فان اعترف به أبوه ألحق به وصار ولاؤه الى موالى أبيه وكان ميراثه لهم وعقله عليهم ويجلد أبوه الحد قال مالك وكذلك المرأة الملاعنة من العرب اذا اعترف زوجها الذى لاعنها بولدها صار مثل هذه المنزلة الا أن بقية ميراثه بعد ميراث أمه واخوته لامه لعامة المسلمين مالم يلحق بأبيه وانما ورث ولد الملاعنة المولاة موالى أمه قبل أن يعترف به أبوه لأنه لم يكن له نسب ولا عصبة فلما ثبت نسبه صار الى عصبته * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى ولد العبد من امرأة حرة وأبو العبد حر أن الجد أبا العبد يجر ولاء ولد ابنه الاحرار من امرأة حرة يرثهم مادام أبوهم عبدا فان عتق أبوهم رجع الولاء الى مواليه وان مات وهو عبد كان الميراث والولاء للجد وان العبد كان له ابنان حران فمات أحدهما وأبوه عبد

حكم ولا رضا أحد وقال مالك فى العتبية من رواية أشهب ولو كان العبد مريضا مرضا شديدا فأعتق غدوة ومات عشية اذا ناله العتق حيا ووجه ذلك ان الولاء يثبت بنفس وجود سببه بعد ثبوته لغير من يجره اليه كابن الملاعنة يثبت ولاؤه لموالى أمه ان كانت مولاة فان أقر به بعد ذلك أبوه انتقل الولاء اليه فورثه (مسئلة) ولو أن ابن العبد من الحرة اشترى أباه فعتق عليه كان ولاء أبيه له يجره الى موالى أمه رواه فى العتبية أشهب عن مالك قال سحنون وهو قول جميع أصحابنا الا ابن دينار فانه قال هو كالسائبة وولاؤه للمسلمين ووجه قول مالك ان الأب لما أعتقه ابنه كان ولاؤه له ولم يثبت له ولاء الابن ووجه قول محمد أن الابن لا يجر ولاء فيثبت ولاء الأب لجماعة المسلمين ص ﴿ مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن عبد له ولد من امرأة حرة لمن ولاؤهم فقال سعيد ان مات أبوهم وهو عبد لم يعتق فولاؤهم لموالى أمهم * قال مالك ومثل ذلك ولد الملاعنة من الموالى ينسب الى موالى أمه فيكونون هم مواليه ان مات ورثوه وان جر جريرة عقلوا عنه فان اعترف به أبوه ألحق به وصار ولاؤه الى موالى أبيه وكان ميراثه لهم وعقله عليهم ويجلد أبوه الحد * قال مالك وكذلك المرأة الملاعنة من العرب اذا اعترف زوجها الذى لاعنها بولدها صار مثل هذه المنزلة الا أن بقية ميراثه بعد ميراث أمه واخوته لأمه لعامة المسلمين مالم يلحق بأبيه وانما ورث ولد الملاعنة المولاة موالى أمه قبل أن يعترف به أبوه لانه لم يكن له نسب ولا عصبة فلما ثبت نسبه صار الى عصبته ﴾ ش قول ابن المسيب فى عبد له ولد من امرأة حرة ان مات أبوهم عبدا فولاؤهم لموالى أمهم ظاهره انهم ولدوا بعد عتق الأم لانه شرط فى ذلك أن يموت أبوهم عبدا لان هؤلاء لو أعتق أبوهم لجر الولاء ولو ولد هؤلاء فى حال رق أمهم فنالهم الرق ثم عتقوا مع أمهم أو أفردوا بالعتق حال الحمل أو بعد الولادة فان ولاءهم يكون لمن أعتقهم سواء بقى أبوهم على حال الرق أو انتقل بالعتق الى حرية ولا يجر ولاءهم لان الولاء الثابت بالعتق لا يجره عتق أب ولا شئ وانما يجر ولاء ثبت بالولادة دون العتق والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول مالك ومثل ذلك ولد الملاعنة ينسب الى موالى أمه فان اعترف به أبوه لحق به وصار ولاؤه لموالى أمه به يريد انه اذا كانت أمه مولاة لقوم وبطل نسبه من أبيه وهو مولى باللعان صار ولاؤه لموالى أمه فان اعترف به أبوه رد ولاؤه الى مواليه فجعل اللعان كحال كون الأب عبدا وحال الاعتراف بعد ذلك كحال ما يطرأ على الأب من العتق فيجر به ولاء أبيه الى مواليه

(فصل) وقوله وكذلك اذا كانت أمه من العرب فيعرف زوجها فالولد مثل ذلك يريد ان نسب الابن يرجع بالاعتراف الى نسب الأب الا ان ابن العربية اذا ورث ذوى الفروض حقوقهم وفضلت فضلة كانت لجماعة المسلمين وولد الملاعنة يرث موالى أمه الباقى وذلك ان الولاء كالتعصيب يستوفى به الميراث فبقاء موالى الأب فى ذلك المولى بمنزلة بقاء عصبة الأب فى العربى والله أعلم وقال ابن مزين سألت عيسى عن تفسير قول مالك فى ولد الملاعنة العربية وولد الملاعنة المولاة يرث أمه واخوته لأمه حقوقهم ويرث بقية ميراثه موالى أمه ولا يرث عصبة المرأة العربية بقية الميراث فقال عصبة المرأة العربية اخوال ولدها وكذلك لو كان للمرأة اخوة لكانوا أخوالا لا يرثون ويكون بقية ميراث ولدها لمواليها فان لم يكن لها موال فلجماعة المسلمين وأما موالى الأم فانهم انما يرثون بالولاء ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى ولد العبد من امرأة حرة وأبو العبد حر ان الجد أبا العبد يجر ولاء ولد ابنه الاحرار من امرأة حرة يرثهم مادام أبوهم عبدا فان أعتق أبوهم رجع الولاء الى مواليه وان مات وهو عبد كان الميراث والولاء للجد وان كان العبد له ابنان حران فمات أحدهما وأبوه عبد

جرّ الجد أبو الأب الولاء والميراث ﴾ ش ومعنى ذلك ان الجد يجر الى مواليه ولاء ابن ابنه ما كان الأب عبدا قال ابن المواز مات أو عاش و وجه ذلك ان جر الولاء معنى يختص بالابوة ولا يشارك فى ذلك الأب غير الجد قال سحنون عن ابن الماجشون وكذلك أبو الجد اذا كان حرا وكان الجد وابنه عبدين فانه يجر الى مواليه ولاء ابن ابنه حتى يعتق الجد فينتقل الولاء الى موالى الجد أو حتى يعتق الأب فينتقل الولاء الى مواليه وان مات الأب عبدا ثبت الولاء لمن جره اليه الجد قال فى كتاب ابن المواز ولا ينقل أحد من القرابات الولاء الا الأب

(فصل) وقوله وان كان للعبد ابنان حران وأب فمات أحد الابنين جر الجد الولاء والميراث يريد ان الأب ما دام عبدا لا يرث ولا يجر ولاء ولا يحجب فمن مات من ولده فالجد أبو الأب يجر ولاء الميت لأن الأب عبد والعبودية تمنع الميراث وجر الولاء والأخ لا يجر ولاء ص ﴿ قال مالك فى الأمة تعتق وهى حامل وز وجها مملوك ثم يعتق زوجها قبل ان تضع حملها أو بعدما تضع ان ولاء ما كان فى بطنها للذى أعتق أمه لأن ذلك الولد قد كان أصابه الرق قبل أن تعتق أمه وليس هو بمنزلة الذى تحمل به أمه بعد العتاقة لأن الذى تحمل به أمه بعد العتاقة اذا عتق أبوه جر ولاءه ﴾ ش وهذا على ما قال ان من أعتق أمته وهى حامل وزوجها حين أعتقها مملوك ثم يعتق زوجها قبل أن تضع حملها أو بعدما تضع ان ولاء الولد يثبت لموالى أمه لا يجره أبوه اذا عتق قال سحنون عن ابن الماجشون وذلك اذا ولدته لأقل من ستة أشهر من يوم عتقت الأم فان ولدته لستة أشهر فأكثر قال الشيخ أبو محمد يريد وليست بظاهرة الحمل والزوج مرسل عليها فان الأب يجر ولاءه الى معتقه و وجه ذلك ان الولد اذا مسه الرق فعتق فان ولاءه قد ثبت لمعتقه لقوله صلى الله عليه وسلم وانما الولاء لمن أعتق ولا ينتقل عنه بجر أب ولا غيره والذى يعلم به انه قد مسه الرق ان تضعه الأم لأقل من ستة أشهر من يوم عتقت أو تكون يوم عتقت ظاهرة الحمل أو يكون زوجها ممنوعا منها لا يصل اليها فههنا ثبت ولاء ما وضعته لسيدها لأنه يعلم انها حملت به قبل أن تعتق فقد مسه رقه وعتق بعتقه فثبت ولاؤه له ثبوتا لا ينتقل عنه وانما ينتقل من الولاء ما لم يثبت بالعتق وانما يثبت بجر الأم مثل أن تحمل به بعد أن تعتق فيجر ولاءه الى مواليها لأن الأب عبد لا مدخل له فى الولاء فاذا عتق الأب بعد ذلك جر ولاء ابنه لأن الولاء ثابت فى الجنبتين بالجر وجنبة الأب أقوى فى جر الولاء من جنبة الأم (مسئلة) ولو ادعى معتق الأب انها حملت به بعد العتق وقال سيد الأمة انها كانت حاملا يوم العتق فعتق الأب مصدق قال أشهب لأن الظاهر انها ولدته وهى حرة وانما شك فى وقت الحمل وذكر فى كتاب محمد الا أن تكون ظاهرة الحمل يوم العتق أو تضعه لأقل من ستة أشهر على ما تقدم والله أعلم وأحكم

(مسئلة) ومن تزوج مدبرة فمات السيد وقد ولدت أولادا وهى حامل يوم موته فولاؤهم لمن يعتق فى ثلثه وان كان زوجها عبدا ثم أعتق لم يجر ولاءهم الا ان تحمل بهم بعد موت سيدها قاله أصبغ فى الموازية و وجهه ما قدمناه والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك فى العبد يستأذن سيده أن يعتق عبدا له فيأذن له سيده ان ولاء العبد المعتق لسيد العبد لا يرجع ولاؤه لسيده الذى أعتقه وان عتق ﴾ ش وهذا على ما قال ان العبد اذا أعتق عبده لم يخل ان يعتقه باذن سيده أو بغير اذنه فاذا أعتقه باذنه ثبت ولاؤه للسيد لأنه هو المعتق ثم ان أعتق العبد بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء لأنه قد ثبت لسيده بالعتق فلا ينتقل عنه بحرية العبد المعتق واذا أعتقه بغير اذن سيده ثم علم به السيد فلم يجز ولم يرد حتى عتق العبد ففى الموازية ان ولاءه للعبد و وجه ذلك انه لم يوجد فيه من اذن السيد

جر الجد أبو الأب الولاء والميراث * قال مالك فى الأمة تعتق وهى حامل وزوجها مملوك ثم يعتق زوجها قبل أن تضع حملها أو بعدما تضع ان ولاء ما كان فى بطنها للذى اعتق أمه لأن ذلك الولد قد كان أصابه الرق قبل أن تعتق أمه وليس هو بمنزلة الذى تحمل به أمه بعد العتاقة لأن الذى تحمل به أمه بعد العتاقة اذا عتق أبوه جر ولاءه * قال مالك فى العبد يستأذن سيده أن يعتق عبدا له فيأذن له سيده ان ولاء العبد المعتق لسيد العبد لا يرجع ولاؤه لسيده الذى أعتقه وان عتق

ما يستحق به ولاءه كما لو لم يعلم بالعتق حتى يعتق العبد (مسئلة) وأما عتق المدبر وأم الولد فان أعتق أحدهم باذن السيد فى وقت للسيد انتزاع ماله فولاء ما أعتق للسيد ثم لا يرجع الولاء لمن أعتق المدبر وأم الولد لأنه اذن فى العتق فى وقت كان له انتزاع المال كاذنه للعبد وان كان العتق باذن السيد فى وقت لا يجوز للسيد أن ينتزع مالهما من مرض للسيد فان ولاء ما أعتقوه باذن السيد يرجع اليهم اذا عتقوا وكذلك المعتق الى أجل فى قرب الأجل الذى يمنع انتزاع ماله وبعده الذى لا يمنع منه قاله مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وقال عبد الله بن عبد الحكم اختلف فى ولاء ما أعتق المدبر وأم الولد وأحب الى أن يكون للسيد وان مات من مرضه لا يرجع اليهما وان عتقا لانه كان له أخذ مالهما بسبب صحته ان صح يريد لانه لا يقطع بمنعه من مالهما ما يجوز عليه من الصحة وذلك يجعل الولاء له (مسئلة) وأما من أعتق منهم بغير اذن السيد فلم يعلم به حتى عتقوا فان ولاء ما أعتقوه يكون لهم دون السيد ان لم يكن السيد استثنى مالهم وان استثنى مالهم بطل العتق ورقوا للسيد قاله كله فى الواضحة مطرف وابن الماجشون ورواه أصبغ عن ابن القاسم (فرع) فاذا قلنا ان ولاء من أعتق المدبر وأم الولد فى مرض السيد لهما دون السيد فان صح السيد من مرضه ذلك قال أصبغ الولاء لهما ولا يرجع الى السيد وقال محمد حكم ذلك حكم مالهما ان انتزعه فى مرضه فات رد عليهما وان صح فهو له فكذلك ولاء ما اعتقا باذنه مراعى على ما تقدم (مسئلة) وما أعتقه المكاتب ثم عجز فولاؤه للسيد ثم ان أعتق المكاتب بكتابة أخرى أو بأى وجه كان لم يرجع اليه الولاء وذلك فى الموازية ووجه ذلك انه أعتق باذن سيده ثم ظهر انه ممن يجوز انتزاع ماله فلا يرجع الولاء اليه وان عتق كالعبد القن وهذا على قول مطرف وابن الماجشون وابن القاسم فى المدبر وأم الولد يعتقان فى مرض سيدهما ثم يعتق السيد والله أعلم

﴿ ميراث الولاء ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام عن أبيه انه أخبره ان القاضى بن هشام هلك وترك بنين له ثلاثة اثنان لأم ورجل لعلة فهلك أحد اللذين لأم وترك مالا وموالى فورثه أخوه لأبيه وأمه ماله وولاءه مواليه ثم هلك الذى ورث المال وولاء الموالى وترك ابنه وأخاه لأبيه فقال ابنه قد أحرزت ما كان أبى أحرز من المال وولاء الموالى وقال أخوه ليس كذلك انما أحرزت المال وأما ولاء الموالى فلا أرأيت لو هلك أخى اليوم ألست أرثه أنا فاختصما الى عثمان بن عفان فقضى لأخيه بولاء الموالى ﴾ ش قوله ان عثمان رضى الله عنه قضى بالولاء لمن هو أحق به يوم الاستحقاق ولا يجرى فى ذلك مجرى المال لان المال يتعجل أمره بموت من يورث عنه وأمر الولاء باق بعد ذلك يعتبر بحال الاستحقاق ولذلك اذا مات أحد الأخوين الشقيقين ورثه أخوه شقيقه دون الأخ للاب وتعجل أخذ المال ثم لما مات الثانى من الشقيقين ورث بنوه ما انتقل اليه من المال ولم يرثوا الولاء لانه أمر باق بعد فمن مات من موالى أول الشقيقين موتا ورثه أخوه لأبيه دون ولد الشقيقين لانه انما يعتبر فى الأحق به من كان أحق بعتقهم يوم موت الموالى ولا خلاف ان الأخ للاب أحق بأخيه من ولد أخيه الشقيق يوم مات المولى والله أعلم وأحكم وقد قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون الأخ الشقيق أولى بالولاء من الأخ للاب والأخ للاب أولى من ابن أخ شقيق وابن أخ شقيق أولى من ابن أخ لأب وعلى هذا قال ابن المواز الابن

﴿ ميراث الولاء ﴾

* حدثنى مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد ابن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام عن أبيه أنه أخبره أن القاضى بن هشام هلك وترك بنين له ثلاثة اثنان لأم ورجل لعلة فهلك أحد اللذين لأم وترك مالا وموالى فورثه أخوه لأبيه وأمه ماله وولاء مواليه ثم هلك الذى ورث المال وولاء الموالى وترك ابنه وأخاه لأبيه فقال ابنه قد أحرزت ما كان أبى أحرز من المال وولاء الموالى وقال أخوه ليس كذلك انما أحرزت المال وأما ولاء الموالى فلا أرأيت لو هلك أخى اليوم ألست أرثه أنا فاختصما الى عثمان بن عفان فقضى لأخيه بولاء الموالى

أحق الناس بولاء موالى أبيه ثم الأب ثم الأخ الشقيق أو للاب ثم ابن الأخ الشقيق أو للاب هما أولى من الجد وأما الأخ للام وابنه فلا حظ له فى الولاء والجد أولى من العم وجه تقديم الاخوة وبنى الاخوة على الجد فى الولاء بخلاف الميراث ان الميراث انما يورث بالتعصيب المحض دون الفروض والاخوة وبنو الاخوة أثبت منهم فى التعصيب من الجد لانهم لا يرثون بفرض والجد يورث بالفرض مع انهم أقرب الى الميت من الجد لانهم يدلون بالبنوة والجد يدلى بالابوة والبنوة أثبت فى التعصيب من الأبوة

(مسئلة) واذا توفى رجل له عاصبان متساويان فى القعدد أحدهما أخ لأم ففى كتاب ابن المواز عن مالك وابن القاسم هما سواء فى استحقاق ولاء مواليه وقال أشهب الأخ للام أحق من سائرهم كالأخوين أحدهما شقيق والآخر للاب فالشقيق أولى لزيادة القرابة بالأم وكذلك العم الشقيق مع العم للاب

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن حزم انه أخبره أبوه انه كان جالسا عند أبان بن عثمان فاختصم اليه نفر من جهينة ونفر من بنى الحرث بن الخزرج وكانت امرأة من جهينة عند رجل من بنى الحرث بن الخزرج يقال له ابراهيم بن كليب فماتت المرأة وتركت مالا وموالى فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولاء الموالى قد كان ابنها أحرزه فقال الجهنيون ليس كذلك انما هم موالى صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم فقضى أبان بن عثمان للجهنيين بولاء الموالى * مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب قال فى رجل هلك وترك بنين له ثلاثة وترك موالى أعتقهم هو عتاقة ثم ان الرجلين من بنيه هلكا وتركا أولادا فقال سعيد بن المسيب يرث الموالى الباقى من الثلاثة فاذا هلك هو فولده وولد أخويه فى الموالى شرع سواء ﴾ ش قوله فى المرأة الجهنية التى توفيت عن مال وموال فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولاء الموالى قد كان ابنها أحرزه وقال الجهنيون هم موالى صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا الولاء فقضى أبان بن عثمان بولائهم للجهنيين يريد ما قدمناه من ان الاعتبار فى الولاء لمن كان أحق به يوم موت الموالى وذلك ان الولاء بمنزلة النسب فما تقدم من ثبوت الولاء انما هو بمنزلة ثبوت النسب قد يكون اليوم الرجل أحق بالرجل من جهة النسب ثم ينقل الأمر فيكون غيره أحق به منه عند الميراث وقد يبعد عنه اليوم ويكون غيره أحق به ثم يكون عند الميراث وكذلك الولاء يعتق الرجل المولى ثم يموت عن أخ وولد فالولد أقرب الى الموالى لانه أقرب الى المعتق فان مات الابن عاد القرب والحق للاخ فمن مات من الموالى بعد موت الولد ورثه الأخ دون ورثته لانه انما ينظر الى استحقاق المال يوم مات المورث لا يوم استحقاق سببه سواء كان ذلك بنسب أو ولاء وفى الموازية فى امرأة ماتت عن ولد ذكر من غير قومها وتركت موالى ثم مات الابن وترك عمه وخاله فالولاء لخاله دون عمه لان الخال عصبة أمه يريد انه أخوها ولما ماتت الأم كان الابن أقرب اليها من أخيها وأحق بميراث مواليها وروى عيسى عن ابن القاسم ميراث موالى المرأة لولدها الذكور وعقلهم على قومها واليهم ينسبون ولم يثبت له الولاء بموت ولاء من أعتق وانما يثبت له منه انه أحق به الآن من أخيها ولو ملكه ملكه أو لا من أعتق لا ينقل عنه الى غيره فلما مات الابن صار أخوها لذلك أحق من غيره وأما عم الابن فلا مدخل له فيه لأنه لا نسب بينه وبين أم ابن أخيه فيجر اليه ولاء من أعتقت وقد قال أشهب فى هذه المسئلة وما ورث ابنها الولاء الا زحفا يريد انه ليس من قومها ولكنه لما كان الولد أقوى تعصيبا والولاء يختص بالتعصيب قدم على قومها فلما مات قدم أقرب قومها اليها

(مسئلة) ولو أن عبد الله ابن وابنة اشترياه فعتق عليهما ثم أعتق الأب عبدا فمات الأب ثم مات مولاه فميراث الاب بينهما بالنسب وميراث المولى للابن وحده وكذلك لو أعتقت الابنة وحدها الأب قاله مالك

* وحدثنى مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن حزم أنه أخبره أبوه أنه كان جالسا عند أبان بن عثمان فاختصم اليه نفر من جهينة ونفر من بنى الحارث بن الخزرج وكانت امرأة من جهينة عند رجل من بنى الحارث ابن الخزرج يقال له ابراهيم بن كليب فماتت المرأة وتركت مالا وموالى فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولاء الموالى قد كان ابنها احرزه فقال الجهنيون ليس كذلك انما هم موالى صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم فقضى أبان بن عثمان للجهنيين بولاء الموالى * وحدثنى مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب قال فى رجل هلك وترك بنين له ثلاثة وترك موالى اعتقهم هو عتاقة ثم ان الرجلين من بنيه هلكا وتركا أولادا فقال سعيد ابن المسيب يرث الموالى الباقى من الثلاثة فاذا هلك هو فولده وولد أخويه فى الموالى شرع سواء

يوالى من شاء فان مات ولم يوال أحدا فيراثه للسلمين وعقله عليهم * قال مالك ان أحسن ماسمع فى السائبة أنه لايوالى احدا وأن ميراثه للسلمين وعقله عليهم * قال مالك فى اليهودى والنصرانى يسلم عبد أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه ان ولاء العبد المعتق للسلمين وان أسلم اليهودى أو النصرانى بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبدا قال ولكن اذا أعتق اليهودى أو النصرانى عبدا على دينهما ثم أسلم المعتق قبل أن يسلم اليهودى أو النصرانى الذى أعتقه ثم أسلم الذى أعتقه رجع اليه الولاء لانه قد كان ثبت له الولاء يوم أعتقه * قال مالك وان كان لليهودى أو النصرانى ولد مسلم ورث موالى أبيه اليهودى أو النصرانى اذا أسلم المولى المعتق قبل أن يسلم الذى أعتقه وان كان المعتق حين أعتق مسلما لم يكن للولد النصرانى أو اليهودى مع المسلمين من ولاء العبد المسلم شئ لانه ليس لليهودى ولا للنصرانى ولاء فولاء العبد المسلم لجماعة المسلمين

وابن الماجشون وهو فى الموازية وكتاب ابن سحنون قالا لانه لايورث بالولاء الامع عدم النسب فولد الرجل يرث مواليه دون من أعتق أباه ومعنى ذلك ان من أعتق عبد الله ولد حر ثم أعتق الأب عبيدا ومات فان الولد يرث الموالى دون من أعتق أباه لان وراثة الابن موالى أبيه وراثة بالنسب ماثبت بالولاء ووراثة معتق الأب لموالى الأب وراثة بالولاء مايثبت بالولاء وفى الكتابين ان ممايبين هذا انه لو كان موضع الابنة أجنبى لورث موالى الأب الابن دون الأجنبى لما قدمناه أن الابن يرثهم بالنسب والأجنبى يرثهم بالولاء

﴿ ميراث السائبة وولاء من أعتق اليهودى أو النصرانى ﴾

ص ﴿ مالك انه سأل ابن شهاب عن السائبة فقال يوالى من شاء فان مات ولم يوال أحدا فيراثه للسلمين وعقله عليهم * قال مالك ان أحسن ماسمع فى السائبة لايوالى أحدا وأن ميراثه للسلمين وعقله عليهم ﴾ ش وهذا على ماقال انه قد يعتق الرجل عبده سائبة وروى فى العتبية أصبغ عن ابن القاسم أكره عتق السائبة لانه كهبة الولاء قال عيسى عنه أكرهه وأنهى عنه قال أصبغ وسحنون لاتعجبنا كراهته لذلك وهو جائز كما يعتق عن غيره يريد عن معتق (مسئلة) ومن قال لعبده أنت سائبة يريد العتق قال فى العتبية أصبغ عن ابن القاسم هو حر وان لم يذكر الحرية ومن أعتق عبده سائبة فعناه انه أعتقه عن جماعة المسلمين فثبت ولاؤه لهم وبه قال عمر وابن عمر وابن عباس وبه قال ابن القاسم ومطرف قال ابن حبيب عن ابن نافع وابن الماجشون وولاؤه لمعتقه وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى فى العتبية يحيى بن يحيى عن ابن نافع انه قال لاسائبة عندنا اليوم فى الاسلام ومن أعتق سائبة فولاؤه له وجه القول الأول ان الولاء لمن أعتق عنه كما لو أعتقه عن رجل معين ووجه قول ابن نافع ماروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال وانما الولاء لمن أعتق وهذا معتق ولانه لم يعتق عن معين فكان الولاء له كما لو أطلق العتق ص ﴿ قال مالك فى اليهودى والنصرانى يسلم عبد أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه ان ولاء العبد المعتق للسلمين وان أسلم اليهودى أو النصرانى بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبدا قال ولكن اذا أعتق اليهودى أو النصرانى عبدا على دينهما ثم أسلم المعتق قبل أن يسلم اليهودى أو النصرانى الذى أعتقه ثم أسلم الذى أعتقه رجع اليه الولاء لانه قد كان ثبت له الولاء يوم أعتقه * قال مالك وان كان لليهودى أو النصرانى ولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودى أو النصرانى اذا أسلم المولى المعتق قبل أن يسلم الذى أعتقه وان كان المعتق حين أعتق مسلما لم يكن للولد النصرانى أو اليهودى المسلمين من ولاء العبد المسلم شئ لانه ليس لليهودى ولا للنصرانى ولاء فولاء العبد المسلم لجماعة المسلمين ﴾ ش قوله فى اليهودى والنصرانى يسلم عبد أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه يقتضى أنه يباع عليه ان لم يخرجه عن ملكه ووجه ذلك انه لايجوز استرقاق كافر مسلما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال المسلم أخو المسلم لايثلمه ولايظلمه وليس حين أثلمه له أعظم من أن يسلمه الى استرقاق الكافر

(فصل) وقوله وان ولاء العبد للسلمين سماه عبدا على وجه التجوز ومعناه انه كان عبدا وانما هو الآن بعد العتق حر ولو كان عبدا لم يثبت له ولاء لو رثه مولاه الكافر بحكم الرق وفى الموازية يرث المسلم عبد عبده النصرانى أو المجوسى بالرق ولو أسلم عبد المجوسى ثم مات قبل أن يباع عليه ورثه الكافر بالرق قال وكذلك مدبره وأم ولده ووجه ذلك انه ليس على معنى الميراث لانه لو كان على وجه الميراث

لكان أحق بميراثه من يرثه بالنسب والرق ينافي التوارث ولكنه يستحق ماله بسبب ملكه له

(فصل) وقوله وان أسلم اليهودي أو النصراني بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبدا وذلك ان العتق وقع في وقت يمنع ثبوت الولاء افتراق الدينين لانه لا يثبت ولاء مسلم للكافر قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض فاذا أعتق الكافر المسلم ولم يصح ثبوت الولاء للكافر ولا بد من الولاء لم يكن له موضع يرجع اليه الا الى جماعة المسلمين فيثبت ولاؤه لهم لقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض

(فصل) وقوله وان أعتق اليهودي أو النصراني عبدا على دينه ثم أسلم المعتق ثم أسلم من أعتقه رجع اليه ولاؤه لانه قد ثبت له الولاء يوم أعتقه يريد ان النصراني ان أعتق عبده النصراني فقد ثبت له ولاؤه لاتفاق الدينين فان أسلم أحدهما ثم مات المعتق لم يرثه المعتق لاختلاف الدينين وذلك معنى يمنع التوارث مع النسب وكذلك مع الولاء ولو جمعهما الاسلام بعد العتق ثم مات لورثه المعتق لاجتماعهما في الدين ولا يمنع من ذلك افتراقهما في الدين بعد ثبوت الولاء كما لا يمنع من ذلك افتراقهما في الدين بعد ثبوت النسب اذا كانوا مسلمين يوم التوارث فالمراعى في ثبوت الولاء يوم العتق أن يكونا على دين واحد لا يبالي أي دين كان من ايمان أو كفر والمراعى في استحقاق الميراث ليوم الموت ان يكونا على دين الاسلام وذلك أن الكفر لا يمنع ثبوت الولاء وانما يمنعه اختلاف الدينين

(فصل) وقوله وان كان لليهودي أو النصراني ولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودي أو النصراني اذا أسلم المعتق قبل ان يسلم الذي أعتقه يريد ان الكافر اذا أعتق عبده الكافر ثبت له ولاؤه على ما تقدم فاذا أسلم المعتق بعد ذلك ثم مات ولمعتقه ولد مسلم ورثه الولد المسلم لأنه قد وجد حال العتق ما يوجب ثبوت الولاء من اتفاق دين المعتق والمعتق بدليل انه لو أسلم المعتق ثم أسلم المعتق ورثه ثم وجد يوم التوارث اتفاق دين الوارث وهو ولد المعتق ودين الموروث وكان المعتق لكفره لا يرث المعتق المسلم ولا يحجب أحدا عن ميراثه كالو مات فان ولده يرث من ثبت له ولاؤه (مسئلة) ولو ان اليهودي أو النصراني اتخذ أم ولد على دينه ثم أسلمت ثم أعتقها بعد الاسلام ثم ماتت ففي كتاب ابن المواز يرثها ولده المسلم لأنه كان يرجع اليه ولاؤها ان أسلم قال وكذلك مدبره ومكاتبه لعقده ذلك في نصرانيتهما والله أعلم وأحكم

(فصل) ولو كان المعتق حين أعتق مسلما لم يرثه المسلم من ولد النصراني واليهودي لأنه ليس لليهودي والنصراني ولاء فولاؤه للمسلمين يريد انه ان أعتق النصراني عبده المسلم ثم مات المعتق له لم يرثه المسلم من ولد النصراني المعتق لأن الولاء لم يثبت للنصراني على المسلم لاختلاف دينهما حين العتق فلما لم يثبت الولاء للنصراني ثبت لجماعة المسلمين فاذا مات العبد المعتق ورثه المسلمون لأن ولاءه لم يثبت (مسئلة) واذا أعتق المسلم نصرانيا فقد قال القاضي أبو محمد الولاء مراعى فان أسلم ثبت ولاؤه له وورثه وان مات النصراني قبل ان يسلم فلا ولاء للمسلم عليه ولا يرثه وقال الشافعي ولاؤه ثابت ويرثه والدليل على ما نقوله ان الولاء معنى يتوارث به فوجب أن يعتبر فيه اتفاق الدين كالنسب والصهر لأن من لا يرث بالنسب لا يرث بالولاء أصل ذلك القاتل عمدا والله أعلم وأحكم

﴿ تم الجزء السادس من كتاب المنتقى * ويليه الجزء السابع وأوله القضاء في المكاتب ﴾

﴿ فهرست الجزء السادس من كتاب المنتقى للإمام الباجي رحمه الله ﴾

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت ﴾









